

Des Moyens dont dispose l'Administration **pour mettre fin** **aux situations qu'elle a irrégulièrement créées**

CONTRIBUTION A L'ETUDE

DE LA VALIDITÉ DES ACTES ADMINISTRATIFS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRES
sera soutenu le Mardi 28 Octobre 1913 à 3 heures

PAR

Alfred LAMBERT-RIBOT

AUDITEUR AU CONSEIL D'ÉTAT

Président : M. F. LARNAUDE.

Suffragants : { *MM. BERTHÉLEMY, professeur.*
GEOUFFRE DE LAPRADELLE, professeur

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU. EDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULIER, 13

1913

THÈSE POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

Des Moyens dont dispose l'Administration pour mettre fin aux situations qu'elle a irrégulièrement créées

CONTRIBUTION A L'ETUDE

DE LA VALIDITÉ DES ACTES ADMINISTRATIFS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le Mardi 28 Octobre 1913 à 3 heures



PAR

Alfred LAMBERT-RIBOT

AUDITEUR AU CONSEIL D'ÉTAT

Président : M. F. LARNAUDE.

Suffragants : { *MM. BERTHÉLEMY, professeur.*
GEOUFFRE DE LAPRADELLE, professeur

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU. EDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1913

Des Nations dans l'Administration

pour servir de

aux Nations de l'Amérique

DE LA

DE LA

DE LA

DE LA

DE LA



DE LA

DE LA

INTRODUCTION

Dans tous les domaines du droit, mais principalement dans celui du droit administratif, on peut constater l'existence d'états juridiques individuels, présentant une certaine stabilité. A côté de liens de droit établis d'une façon passagère et occasionnelle, sans relation entre eux et en quelque sorte fragmentaires, se rencontrent des rapports juridiques permanents, constitués par tout un ensemble de droits et d'obligations, et dont le caractère essentiel est d'être durables et complexes. Les actes juridiques peuvent, en effet, avoir pour conséquence, ou bien de produire une fois pour toutes des effets déterminés, de créer des obligations qui s'éteindront par une prestation quelconque, — ou bien de produire des effets multiples et successifs qui persisteront pendant un certain temps ; l'acte juridique initial produira, si l'on veut, des résultats continus (1).

(1) Nous désignerons souvent au cours de ce travail ces états stables et permanents par l'expression de *situation*. Ce terme a été fréquemment employé par des auteurs récents (cf., HAURIOU, *Précis*, 7^e édition, 1911, préface, p. ix ; DUGUIT, *Traité*, 1911,

Cette continuité se manifeste par l'existence de règles, particulières ou générales, contractuelles ou réglementaires, mais toujours destinées à régir les rapports juridiques d'une manière plus ou moins durable.

La justification du caractère de stabilité que possèdent ainsi certains états de droit particuliers, doit être cherchée, croyons-nous, dans leur valeur sociale. Tantôt les situations juridiques constituent une prérogative, attachée par la loi à la personne ou aux biens des individus (1) ; elles dérivent du régime des personnes ou des biens, et empruntent ainsi à l'idée de régime permanent leur notion de durée ; l'étendue de leur permanence est alors fonction de l'existence même de ces personnes ou de ces biens. Tantôt elles sont le produit de l'activité libre de l'administration, qui s'est proposée l'organisation ou la gestion d'un service public (2). Or, cette mission implique par elle-même une certaine durée, puisqu'il s'agit de pourvoir, dans un but d'intérêt général, à des besoins stables, réguliers et continus (3).

Au point de vue juridique, la permanence des situa-

tome I, p. 4 et ss.) pour exprimer les liens de droit qui unissent deux parties, sans se préoccuper de leur durée. Pour nous, au contraire, l'idée de continuité est essentielle dans la conception des situations juridiques.

(1) Etat des personnes, réelles ou fictives ; régime de la propriété.

(2) Situation des concessionnaires de travaux publics, des fonctionnaires, etc.

(3) HAURIOU, *loc. cit.*, p. 12.

tions dont les particuliers peuvent se prévaloir vis-à-vis de l'administration est donc la conséquence :

1° Ou bien des droits reconnus ou des obligations imposées par la loi à quiconque réunit des conditions particulières, relatives à sa personne ou à ses biens, qui le font rentrer dans un régime juridique déterminé ;

2° Ou bien de la concession faite par l'administration à des particuliers de facultés et de pouvoirs suffisamment étendus pour leur permettre de s'employer à la gestion du service public qu'elle leur a confié.

Mais en opposition avec cette idée de permanence et de durée que nous venons de dégager, il y a lieu de tenir compte, d'autre part, de la nécessité dans laquelle peut se trouver l'administration d'intervenir, pour atteindre et même pour supprimer les situations dont bénéficient les individus, soit qu'elle prétende exercer ses pouvoirs généraux de police (1), soit qu'elle prétende agir comme personne concédante, ayant le pouvoir de disposer des droits qu'elle a conférés. Ces interventions peuvent s'expliquer et se légitimer par plusieurs considérations, dont les unes sont tirées des circonstances et des événements relatifs à la vie publique, et les autres des phénomènes économiques, toujours

(1) Cf. DUGUIT, *loc. cit.*, p. 44 et ss., 100 et ss. ;

HAURIOU, *loc. cit.*, p. 511.

Par pouvoirs de police, nous entendons les pouvoirs qui appartiennent à l'administration pour maintenir l'ordre public et faire respecter la légalité.

changeants et variables, auxquels il peut convenir de subordonner les droits des particuliers.

Ces considérations, qui aboutissent à faire ressortir l'antinomie existant entre le caractère de permanence que possèdent en principe certains états de droit individuels, et d'autre part, la nécessité d'une intervention administrative, doivent conduire à rechercher le principe juridique d'un équilibre nécessaire entre les pouvoirs de l'autorité publique et les droits des particuliers dans la limitation des causes d'intervention, dans l'institution de garanties.

L'intervention de l'administration ne soulèverait évidemment aucune objection de la part des individus si elle n'avait pour but que de supprimer des situations que la loi leur impose, et qui ne constituent à leur égard qu'une charge sans aucune contre-partie, comme la charge des impôts ; mais dans presque toutes les situations administratives, il faut tenir compte d'éléments complexes, les uns favorables et les autres défavorables (1) ; les droits et les obligations se pénètrent et s'entremêlent, et, en définitive, l'ensemble procure le plus souvent un avantage au titulaire, au moins toutes les fois que la situation lui a été conférée de son plein gré. On comprend, dès lors, que les particuliers aient fréquemment intérêt à s'opposer à l'action de

(1) Ce point de vue apparaît nettement dans la situation du militaire, qui constitue à la fois un honneur, un droit et une charge.

l'administration, et à demander à être maintenus dans la situation qu'ils occupent.

Quands ils se fondent, pour réclamer le bénéfice d'une situation dont ils jouissaient antérieurement, sur un prétendu *droit individuel* que leur conférerait la loi, l'administration ne peut légitimer son intervention qu'en invoquant les pouvoirs de police généraux dont elle dispose pour assurer le respect de la légalité, et pour faire disparaître les états de droit non conformes aux conditions imposées par la loi (1). Les titulaires ne pourront ainsi se voir dépossédés que par l'effet d'une mesure qui aura le caractère d'une pénalité véritable ou d'une déchéance (2). L'administration pourrait également, croyons-nous, dans quelques hypothèses particulières, user des mêmes pouvoirs à l'égard de certains droits qui ont un caractère moins absolu, qui sont subordonnés à son appréciation, et *précaires* dans une certaine mesure (3).

(1) Cf., par exemple, l'art. 9 de la loi du 21 mars 1884, pour les syndicats professionnels; l'art. 10 de la loi du 1^{er} avril 1898, pour les sociétés de secours mutuels; l'article 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901, pour les associations; l'art. 18 de la loi du 17 mars 1905, pour les sociétés d'assurances, etc...

(2) Nous ne traitons dans cette étude que des pouvoirs qui appartiennent à l'administration. Par suite, nous n'avons pas à nous préoccuper des atteintes portées aux situations individuelles par les changements de législation.

Cf. sur ce point, JÈZE, *Rev. Droit pub.*, année 1913, p. 228 et ss.

(3) Nous pensons, en effet, qu'à côté des simples *tolérances* ou

Mais en ce qui concerne les situations que l'administration confère par une manifestation de *volonté libre*,

facultés, que l'administration est entièrement libre, sauf erreur de droit, d'accorder ou de refuser, il existe de véritables *droits*, que peuvent *revendiquer* les particuliers, mais dont il appartient à l'administration de déterminer l'étendue, en les conciliant avec l'intérêt public plus ou moins largement compris, selon des circonstances de temps et de lieu que la loi ne peut prévoir d'une manière précise, et qu'elle lui laisse le soin d'apprécier. Ce pouvoir particulier qui est ainsi donné à l'administration, elle l'exerce aussi bien quand il s'agit de faire naître la situation qu'au cours de son existence. C'est ainsi qu'en matière d'établissements insalubres de 1^{re} classe, par exemple, un examen approfondi des conditions dans lesquelles s'exercera l'industrie projetée, a toujours lieu avant l'ouverture de l'établissement, et que, dans la suite, une nouvelle appréciation des faits pourrait entraîner la fermeture. (Ord. 15 octobre 1810, art. 12; Cons. d'Etat, 24 juin 1910, *La Volta*, Rec. LEBON, p. 496.) Et ce qui prouve que dans ce cas, il s'agit bien, malgré les apparences, d'un droit véritable, c'est qu'une procédure particulière, à caractère judiciaire, a été instituée pour donner aux intéressés des garanties suffisantes d'examen technique et impartial.

Il en serait de même, selon nous, dans d'autres matières, où le juge doit tenir compte de circonstances de fait pour reconnaître le bien fondé d'une demande, tendant au maintien ou à l'obtention d'une situation. Mais nous reconnaissons d'ailleurs que ce point de vue est quelquefois contestable, et que, dans certains cas limites, le *droit précaire* se rapproche de la simple *faculté*, au point de se confondre avec elle. C'est une question que nous ne pouvons qu'indiquer ici. Cf. les solutions données par la jurisprudence en matière de repos hebdomadaire (loi du 13 juillet 1906, art. 7 et 8; C. E., 30 novembre 1906, JACQUIN, p. 863, avec les conclusions de M. ROMIEU); de permissions de voirie à titre particulier (C. E., 13 mars 1908, Soc. de Vidanges, p. 259); d'exercice de la médecine par les étrangers (C. E., 28 février 1896, ROSAT, p. 203); d'importation et de vente des eaux minérales étrangères (C. E., 7 juillet 1905, Fou-

et qui ne sauraient constituer pour les individus un droit reconnu par la loi, la question est plus complexe (1).

Il s'agit de rechercher dans quelle mesure l'autorité administrative est susceptible de faire abandon de ses pouvoirs, de se lier pour l'avenir, dans quelle mesure elle peut ou même elle doit réserver sa liberté d'action. A ce point de vue, il nous paraît nécessaire, pour préciser la question qui fera l'objet de cette étude, de distinguer deux types de situations.

Les unes prennent naissance en vertu d'un contrat

CAULT, p. 616). Nous croyons que dans toutes ces hypothèses, le juge serait compétent pour saisir un détournement de pouvoir, et que, logiquement, il devrait renvoyer l'intéressé devant l'administration, pour qu'il soit procédé à la délivrance de l'autorisation sollicitée.

Adde le régime des jeux (loi du 15 juin 1907), des loteries, des théâtres; enfin, le caractère particulier des droits reconnus aux congrégations, aux associations avant la loi du 1^{er} juillet 1901. Cf. MICHOD, *Théorie de la Personnalité morale*, p. 17 et ss.

(1) Comme nous venons de le voir, les situations auxquelles peuvent prétendre les particuliers, en vertu d'un véritable *droit* reconnu par la loi, peuvent parfois prendre l'apparence de situations *conférées*, quand elles naissent par l'effet d'un acte positif de l'administration, d'une *autorisation*, et non pas en vertu d'une *déclaration*, faite par les individus, ou simplement de plein droit. Mais il ne faut pas s'y tromper; en réalité, il ne s'agit alors que de situations *constatées*. L'administration n'agit que comme pouvoir de police, non comme autorité concédante. Elle se borne à examiner par mesure de contrôle si les conditions prescrites par la loi sont exactement remplies; la situation ne peut prendre naissance qu'une fois cette constatation régulièrement faite, mais elle dérive directement de la loi.

pur et simple, à la formation duquel concourent deux volontés, qui déterminent et fixent les règles qui régiront désormais les rapports juridiques des parties. Ces règles n'ont, par suite, aucune valeur propre en dehors de la situation particulière pour laquelle elles ont été instituées. Elles font en quelque sorte corps avec elle.

Les autres résultent d'une déclaration unilatérale de volonté émanant de l'administration, qui prend acte de l'adhésion de l'individu à une règle de droit préétablie et lui confère des droits au regard de tous. Dans ce cas, la règle de droit existe en elle-même, indépendamment des situations particulières qu'elle sera appelée à régir. Elle est générale et absolue, et constitue, suivant une terminologie aujourd'hui admise, la situation *objective*, par opposition à la situation *subjective*, qui naît de l'adhésion individuelle des volontés à cette réglementation impersonnelle (1).

Il suit de là que si, dans les situations contractuelles, l'intervention administrative ne peut se concevoir qu'à

(1) On pourrait même soutenir, croyons-nous, qu'il y a toujours à la base de ces situations unilatérales un véritable contrat, au sens juridique et essentiel du terme, malgré l'importance du rôle de l'administration et de la forme réglementaire. L'adhésion de l'intéressé ne constituerait pas seulement la condition de la valeur juridique de l'acte unilatéral générateur de l'état du droit, mais l'un des éléments essentiels de l'opération, qui lui donnerait son véritable caractère. Cf. sur cette question : PLANIOL, *Traité*, 1900, tome I, p. 103, § 250 ; tome 2, p. 258, § 866 ; DUGUIT, *loc. cit.*, p. 225 et ss. ; 241 et ss. ; HAURIOU, *loc. cit.*, préface, p. 8, p. 425, 477 et ss.

l'égard des rapports de droit individuels, dans les situations unilatérales, au contraire, il y aurait lieu, en outre, de tenir compte du pouvoir *réglementaire* de l'administration et de se demander dans quelle mesure il lui appartiendrait de le mettre en œuvre et d'atteindre ainsi indirectement les droits des individus. Mais cette question, qui présente d'ailleurs un grand intérêt et qui a fait l'objet d'études récentes (1), excéderait le cadre que nous avons assigné à notre travail.

Nous n'entendons, en effet, faire porter nos recherches que sur l'action de l'administration exercée directement à l'encontre des situations individuelles, qu'il s'agisse des situations unilatérales ou des situations contractuelles.

Pour porter atteinte aux droits qu'elle a conférés aux individus, l'administration peut invoquer, croyons-nous, trois principes juridiques :

1° L'acte qui a donné naissance à la situation contient lui-même une disposition prévoyant explicitement l'intervention de l'administration, qui s'est réservé la possibilité d'apprécier, au cours du développement de cette situation, si elle correspondait aux besoins généraux, et dans le cas contraire, d'y mettre fin (2).

D'ailleurs, cette faculté d'appréciation, extrêmement

(1) JÈZE, *Revue de droit public*, 1913.

(2) Dans ce cas, les situations *conférées* se rapprochent très sensiblement des situations constituant un *droit précaire* subordonné par la loi à l'appréciation de l'autorité de police.

Cf. *suprà*, p. 11, note 3.

large à l'origine, tend peu à peu, sous l'influence de la jurisprudence, à se restreindre à un intérêt déterminé, le plus ordinairement l'intérêt du service en vue duquel la situation a été conférée. Le fondement de l'action administrative est, dans ce cas, ce qu'on appelle souvent la *précarité*, qui affecte en quelque sorte les droits du titulaire dès leur naissance. Comme exemples de situations précaires conférées par l'administration, on peut citer les permissions de voirie accordées à titre de service public, mais sans concession proprement dite (1), les affectations, qui constituent bien un droit précaire conféré dans l'intérêt de la gestion d'un service public, les fonctions publiques non garanties par un statut, etc...

2° Dans d'autres cas, l'administration a entendu limiter son intervention à la survenance de faits précis, à une inexécution. La garantie du titulaire est alors subordonnée le plus souvent à l'exécution de ses engagements. Telle est, par exemple, la situation du concessionnaire de mines, celle du fonctionnaire bénéficiant d'un statut particulier.

3° Enfin, la situation peut être viciée *dans son origine* par une illégalité (2). Dans cette hypothèse, les

(1) Nous avons déjà indiqué (p. 12, en note) qu'à notre avis les permissions de voirie accordées à titre individuel constituaient un droit véritable, et ne résultaient pas d'une manifestation de volonté libre de la part de l'administration.

(2) Il ne s'agira, dans cette étude, que des illégalités susceptibles de vicier la situation dans son ensemble, et non des illéga-

droits du titulaire sont atteints *ab initio* d'une nullité, qu'en nous référant à la doctrine la plus courante, nous considérons comme une nullité absolue (1). La valeur juridique de la situation n'est ainsi qu'apparente, et il semble bien que là encore, il puisse y avoir pour l'administration une cause légitime d'intervention.

Les principes juridiques de nature à faire obstacle aux droits des bénéficiaires étant posés, il convient de se demander comment pourra se produire l'intervention de l'administration. En droit privé, où les parties sont sur un pied d'égalité, il est nécessaire en principe de saisir le juge (2), qui constate les droits des individus, et rend une décision dont l'exécution peut être assurée par l'emploi de la force publique. En droit administratif, il en est autrement ; l'administration bénéficie d'un privilège particulier ; elle possède ce que M. Hauriou appelle le *pouvoir d'action directe* (3). Si l'administration invoque la précarité d'une situation, ou l'inobservation des conditions qu'elle a posées, quand elle a librement conféré des droits à un individu, cette action apparaît comme l'exercice d'une faculté qu'elle

lités entachant certaines dispositions particulières du contrat, mais n'affectant pas la situation elle-même.

(1) JÈZE, *loc. cit.* ;

ALCINDOR, *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, thèse, p. 78 et ss.

(2) Sauf dans les situations précaires, par interprétation de la volonté commune des parties (mandat, louage de services).

(3) HAURIOU, *loc. cit.*, p. 22 et 374 ; cf., DUGUIT, *loc. cit.*, p. 65, 228 et 291.

s'est implicitement réservée à l'origine. Elle agit en vertu de son titre (1).

Si, d'autre part, l'administration prétend faire état de la non-conformité aux conditions posées par la loi d'une situation revendiquée comme un droit légal ou individuel par les particuliers, le fondement de son intervention est, comme nous l'avons vu, son pouvoir de police, qui doit lui permettre de faire respecter la légalité. Mais alors, étant donné qu'il s'agit d'un droit individuel, il faut que les titulaires ne se trouvent pas exposés à une intervention arbitraire, il importe qu'ils aient de sérieuses garanties contre l'action intempestive de l'administration. Par suite, si celle-ci peut encore agir par la voie directe, ce n'est qu'en cas d'urgence, ou bien à défaut d'une procédure judiciaire, par laquelle elle pourrait faire déclarer l'illégalité d'une situation et obtenir sa suppression. Ces restrictions au principe de l'action administrative ont été nettement consacrées par la jurisprudence du Conseil d'Etat (2).

(1) Cette procédure se justifie d'elle-même dans les situations précaires, telles que celles envisagées ci-dessus dans la 1^{re} catégorie, mais dans le cas d'inobservation des conditions, elle apparaît comme exorbitante du droit commun, et dérive directement de ce fait que l'administration dispose de la force et peut l'employer pour réaliser un droit à son profit.

(2) Concl. de M. ROMIEU, sous Conflits, 2 décembre 1902, Sté immob. de St-Just, p. 713. (Sirey, 04.3.17);

C. E., 19 février 1904, Dame veuve Bernier, p. 131; 19 avril 1907, Dame de Surmain, p. 347; 12 mars 1909, Commune de Triconville, p. 279, avec les conclusions de M. Chardenet; 11 juillet 1913, de Chastaigner.

Mais lorsqu'on se trouve en présence de situations irrégulièrement créées par une autorité administrative, la question de l'intervention de cette même autorité au nom de la légalité apparaît comme singulièrement délicate. L'illégalité est son œuvre. Elle réunit à la fois les deux qualités de personne concédante et d'autorité de police.

Faudra-t-il lui reconnaître le droit de déléguer elle-même au juge l'état de droit qu'elle a irrégulièrement fait naître ? Lui permettra-t-on, en outre, de se servir de son pouvoir d'action directe, et à quel titre ?

Il semble que sa qualité de personne concédante ne puisse être invoquée pour justifier l'emploi de cette procédure, exercée au nom de la loi, et que d'autre part, elle soit de nature à faire obstacle à ce que l'administration agisse directement en qualité d'autorité de police. C'est ce problème qui naît de l'antagonisme résultant de la réunion dans une même personne des deux qualités d'autorité de police et de pouvoir concédant, que nous nous proposons d'étudier. C'est donc une question de compétence et de procédure administratives qui fera l'objet de nos recherches, bien plutôt qu'une question de valeur proprement dite et fondamentale des droits des individus. Elle n'en présente pas moins une importance considérable, car reconnaître à l'administration le pouvoir d'intervenir par voie d'action directe sous prétexte d'illégalité pour mettre fin à des situations qu'elle a créées, c'est consacrer à son

profit une nouvelle application d'un privilège déjà exorbitant.

Nous étudierons successivement les différents modes d'intervention de l'administration à l'encontre des états de droit irréguliers, d'abord l'action judiciaire, sur laquelle nous n'aurons pas à nous étendre longuement, ensuite l'action directe, qu'il nous faudra envisager et légitimer dans son principe et dans ses manifestations.

CHAPITRE PREMIER

L'action judiciaire.

L'examen auquel nous venons de nous livrer nous a permis de constater que l'illégalité paraissait pouvoir constituer un principe juridique susceptible de légitimer l'intervention de l'administration, puisque l'illégalité entache d'un vice initial les droits des individus et a pour effet de leur enlever toute valeur effective.

Il s'agit donc pour nous de rechercher quels sont les moyens dont pourrait disposer l'administration pour relever cette illégalité et faire disparaître la situation. Le premier moyen qui s'offre à elle, c'est le moyen habituel dont peuvent user les particuliers eux-mêmes; c'est la voie judiciaire. Mais l'étude rapide que nous allons faire de cette procédure nous démontrera que ce moyen ne saurait être le seul, qu'il ne saurait pas même être le principal, parce que son application n'a pas un caractère suffisamment général et qu'elle ne présente pas assez de souplesse et de rapidité pour répondre aux exigences et aux nécessités d'une bonne administration.

Deux formes distinctes de procédure judiciaire peuvent être envisagées : une forme civile d'action en annulation ou en déclaration de nullité, et une forme pénale.

I. — Dans la première hypothèse, l'administration porterait son action, soit devant le juge du contrat, soit devant le juge de l'excès de pouvoir, suivant, en principe, qu'il s'agirait de situations contractuelles ou de situations unilatérales (1).

Mais ne lui opposerait-on pas une fin de non-recevoir tirée de son défaut de qualité (2) ? La question se pose,

(1) Nous avons indiqué plus haut (p. 14, note 1) que, selon nous, il y avait toujours dans les situations administratives un élément contractuel. Mais il faut néanmoins tenir compte de la diversité des apparences qui les sépare nettement, soit au point de vue des recours, soit au point de vue des compétences. Si dans les situations contractuelles, le point de vue individuel paraît le plus souvent être le seul (à tort, croyons-nous), et si par suite, c'est devant le juge spécial du contrat que les *parties* doivent porter leur action (les simples intéressés étant désarmés toutes les fois qu'il n'existe pas à la base de l'état de droit un acte administratif susceptible d'être saisi par le juge de l'excès de pouvoir), dans les situations unilatérales, au contraire, le point de vue général a absorbé le point de vue individuel et l'annulation pour excès de pouvoir sanctionne aussi bien les recours de *tiers intéressés* tendant à faire respecter la règle de droit objective, que les recours de *parties* prétendant faire valoir des droits personnels ou subjectifs.

(2) Chaque fois que l'action est intentée au nom de la personne publique qui a été engagée par l'accord des volontés, et non pas, comme cela est possible et comme nous le verrons plus loin, quand le recours est formé par un agent, qui possède, en dehors de toute idée de représentation, le pouvoir propre de saisir les tribunaux de la question de légalité.

en effet, de savoir s'il lui appartiendrait d'invoquer devant les tribunaux une illégalité dont elle serait l'auteur. Cette objection pourrait se présenter sous plusieurs aspects, soit qu'on reproche à l'administration de tirer parti de sa propre faute, et qu'on invoque une règle semblable à celle qui se formule généralement ainsi : « *Nemo auditur...* » ; soit qu'on prétende que l'administration, tenue de garantir les bénéficiaires, ne saurait, par son initiative, porter atteinte à des droits qu'elle a conférés ; soit enfin qu'on invoque comme une ratification expresse ou tacite, le fait qu'elle a exécuté ses obligations pendant un certain temps et laissé subsister l'état de droit après en avoir connu l'illégalité.

Mais nous croyons que toutes ces objections, qui traduisent sous des formes différentes la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité d'une personne concédante pour agir en nullité, se heurteraient à ce principe supérieur de droit public, que l'illégalité constitue toujours une nullité absolue (1). Il en résulte que la règle « *nemo auditur* » ne saurait avoir pour effet d'empêcher l'administration d'invoquer la nullité, puisqu'en agissant en justice pour obtenir la suppression de l'état de droit irrégulier, elle ne chercherait pas à faire d'une immoralité une source de profit ; d'autre part, l'obligation de garantie ne saurait faire échec au droit d'arguer d'une nullité absolue et d'agir en justice dans ce

(1) Cf. *suprà*, p. 17, note 1.

cas ; enfin, l'idée d'une ratification tacite ne saurait trouver son application que dans l'hypothèse d'une simple annulabilité, résultant d'une nullité relative (1).

Si ces considérations théoriques paraissent devoir faire admettre la recevabilité d'une action en justice intentée par l'administration et tendant à l'annulation des états de droit qu'elle a fait naître irrégulièrement, il convient, d'autre part, de remarquer que cette action ne se présentera pas toujours sous le même aspect et qu'elle pourra revêtir des caractères différents, suivant la qualité ou l'intérêt que pourront invoquer les diverses autorités administratives appelées à intervenir.

Devant le juge du contrat, le recours ne saurait être formé qu'au nom de la personne publique qui se trouve engagée, qui a été partie à l'accord des volontés. Les rapports de droit individuels sont les seuls qui soient soumis à l'examen du juge ; le contrat a mis en présence des particuliers une collectivité, possédant un patrimoine. Par suite, l'existence de cette collectivité devra se manifester aussi bien à l'occasion de l'action en justice qu'au moment de la conclusion du contrat. C'est au nom de la personne publique que les autorités qui constituent ses organes ont traité avec les individus ; c'est encore en son nom que devra être intentée l'action en nullité, par les agents à qui la loi a donné compétence pour la représenter en justice.

(1) Code civ., art. 1338 ; PLANIOL, *loc. cit.*, p. 130 et ss.

Mais devant le juge de l'excès de pouvoir, l'action ne présentera pas toujours le même caractère juridique. Sans doute, théoriquement, « la juridiction saisie ne « doit juger qu'une question de droit objectif, elle ne « statue pas sur l'existence d'un droit subjectif, elle « constate qu'il y a eu violation de la loi et tire la conséquence logique de cette violation, qui ne peut être « que l'annulation ;... le contentieux de l'annulation est « essentiellement un contentieux objectif » (1). Mais, en fait, il n'en est pas moins vrai que le juge prononce l'annulation pour donner satisfaction à des intérêts légitimes, et même pour reconnaître l'existence de droits individuels (2). Il suit de là que le recours pour excès de pouvoir peut être intenté au nom d'une personne publique par les autorités qui ont qualité pour la représenter (3), mais qu'elles peuvent aussi agir en vertu

(1) DUGUIT, *loc. cit.*, p. 275.

(2) Ce caractère semble s'affirmer dans les formules employées par le Conseil d'Etat depuis quelques années. Voyez sur ce point, C. E., 10 juin 1910, AUBRY, p. 450 ; 6 décembre 1912, PASSET. Cf. DUGUIT, *loc. cit.*, p. 276 et 277 et les auteurs cités ; ALCINDOR, *loc. cit.*, p. 115 et 116.

(3) Cf. C. E., 3 février 1911, comm. de SAUVELADE, p. 135.

Les autorités qui agiront en justice ne seront pas toujours d'ailleurs celles qui auront fait naître l'état de droit illégal. Les situations unilatérales sont, en effet, conférées aux individus par un acte administratif émanant d'un agent dont la compétence pour engager la personne morale est strictement limitée et ne s'étend pas à la représentation en justice. C'est ainsi que le maire est compétent pour nommer un fonctionnaire municipal, mais comme son acte engage la commune, c'est au nom de celle-ci

de leur fonction propre, soit qu'elles entendent se prévaloir des prérogatives que leur confère la loi, et alors il s'agit d'un intérêt individuel, — soit qu'elles poursuivent, en qualité de pouvoir de police, l'observation de la légalité.

Par application de ces idées, il appartient au maire d'attaquer la nomination faite par le préfet en violation de ses pouvoirs propres (1), et d'autre part, le préfet ou le ministre ont qualité pour déférer au Conseil d'Etat les actes d'un maire qu'ils sont incapables d'annuler eux-mêmes (2).

S'il nous a paru nécessaire, pour bien exposer l'action administrative dans son ensemble, de marquer ainsi les divers aspects qu'elle peut revêtir devant le juge de l'excès de pouvoir, nous devons ajouter que seuls les recours formés au nom des personnes publiques par les agents ayant compétence à cet effet, sont susceptibles de soulever le problème qui fait l'objet de cette étude, et d'être déclarés recevables par application des considérations théoriques développées plus haut.

qu'il doit former le recours, après avoir été dûment autorisé par le Conseil municipal.

(1) Cf. C. E., 16 décembre 1910, comm. de SAINT-MARC, p. 957, avec les conclusions de M. PICHAT, p. 1173.

(2) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e édition, 1896, tome II, p. 563; HAURIOU, *loc. cit.*, p. 422, 458 et la note; VERGNAUD, *Des fins de non-recevoir opposables au recours pour excès de pouvoir*, thèse, p. 90 et ss., 102. Cf. C. E., 26 juin 1908, REQUIN, p. 687; 24 novembre 1911, comm. de SAINT-BLANCARD, p. 1089.

Mais toutes les fois qu'il s'agit d'actions intentées par les agents administratifs en vertu des pouvoirs inhérents à leurs fonctions, c'est-à-dire en réalité par des personnes non parties à l'accord des volontés, par des tiers, aucun antagonisme n'existe plus entre les deux qualités d'autorité de police et d'autorité concédante que ne possède plus la personne qui agit en justice pour obtenir la suppression d'une situation au nom de la légalité. Pour admettre la recevabilité du recours, il suffit de rechercher si les auteurs ont la qualité ou l'intérêt nécessaires pour agir en justice, mais aucune objection d'ordre théorique ne saurait être soulevée contre leur action, tirée d'une participation accessoire ou même principale à la constitution de l'état de droit illégal (1).

II. — Si nous passons maintenant à l'examen des procédures pénales (2) dont l'administration peut dis-

(1) Par application de ce principe, le Conseil d'Etat décide que le préfet peut déclarer nulle de droit une délibération qu'il a précédemment approuvée. C. E., 12 mars 1909, *DUBLARON*, p. 271 et la note.

(2) Il y a bien encore d'autres procédures d'annulation; nous ne les mentionnerons ici que pour mémoire, en raison de leur caractère particulier et exceptionnel. Ce sont celles qui ont été instituées par les articles 47 de la loi du 10 août 1871, et 63 et 65 de la loi du 5 avril 1884. On peut se demander s'il s'agit là de pouvoirs de jugement, ou seulement de pouvoirs de tutelle particuliers, limités à l'examen de la légalité. La détermination du véritable caractère des décisions rendues n'est pas sans importance, puisque, comme nous le verrons plus loin, seul le juge peut prononcer l'annulation d'un acte administratif, le faire disparaître

poser pour mettre fin à des situations illégalement conférées, nous constatons qu'elles sont en nombre très restreint (1). Il faut supposer que la loi ait prévu une sanction contre un état de choses contraire à ses dispositions, car on ne peut trouver dans l'emploi de l'article 471 § 15 du Code pénal une procédure d'emploi général (2). D'autre part, les délits prévus par le même Code, par exemple en cas d'exercice illégal d'une fonction ou d'usurpation de pouvoirs, ne sauraient fournir à l'administration le principe d'une action en justice contre le fonctionnaire, puisque ce dernier est couvert par son titre et supposé de bonne foi. Reste la procédure de la contravention de grande voirie. Nous la

même dans le passé, tandis que l'administration, au contraire, doit respecter les droits déjà réalisés par les individus et se borner à paralyser pour l'avenir les effets de l'acte illégal. Nous aurons à revenir sur ces pouvoirs particuliers dont disposent certaines autorités administratives, quand nous étudierons le retrait des droits irrégulièrement conférés, et que nous rechercherons quelles sont les autorités compétentes pour l'effectuer.

Il y a enfin le recours en appréciation de validité, mais il n'aboutit pas à la suppression de l'état de droit. Toutefois, il semble que l'autorité administrative, agissant en vertu d'une décision interprétative, pourrait soutenir qu'il y a chose jugée sur la légalité. Cf. LAFERRIÈRE, *loc. cit.*, tome II, p. 625.

(1) Au contraire, ces procédures sont très nombreuses en matière de situations constatées ou reconnues par la loi. Cf. lois des 21 mars 1884, art. 9; 1^{er} avril 1898, art. 10; 1^{er} juillet 1901, art. 7 et 8; la loi du 17 mars 1905 prévoit, d'autre part, un retrait d'ordre administratif (art. 18).

(2) Concl. de M. ROMIEU sous Conflits, 2 décembre 1902, Soc. de St-Just, p. 713.

croyons applicable aux situations dont nous nous occupons, et cela en raison de son caractère particulier, qui en fait une sorte d'action civile en réparation. Il s'agit d'assurer l'intégrité du domaine public, et l'intéressé ne peut objecter son titre apparent comme excuse. La jurisprudence consacre cette solution quand l'autorisation a été donnée par une autorité incompétente (1), mais nous croyons qu'il devrait en être de même dans tous les cas d'illégalité.

De cet examen des diverses voies judiciaires ouvertes à l'administration, nous sommes obligé de conclure à leur insuffisance. Le recours devant le juge du contrat n'existe que rarement en raison du petit nombre des états de droit purement contractuels. Les situations dans lesquelles le caractère réglementaire masque les rapports individuels sont de beaucoup les plus nombreuses et, par suite, leur illégalité ne relève que du juge de l'excès de pouvoir compétent pour annuler ou déclarer la nullité de l'acte administratif qui a donné naissance à ces situations. Mais si le recours en annulation est très étendu dans son principe, il est étroitement limité dans son exercice. Le délai de deux mois établi par la loi du 13 avril 1900 pour attaquer l'acte illégal, court à l'encontre de l'administration du jour où elle a accompli son acte. Dès lors, le plus souvent, l'illégalité n'aura pu être dénoncée à temps. Enfin, les

(1) C. E., 25 juin 1880, Min. des Travaux publics, p. 612; 28 juin 1895, HUBERT, p. 557.

procédures pénales n'existent guère qu'en matière de droits concédés sur le domaine public.

Il y a plus : même si toutes ces procédures pouvaient jouer dans tous les cas, elles seraient loin de présenter les caractères de souplesse et de rapidité nécessaires à l'administration pour remplir sa mission. Toute illégalité est contraire à l'ordre social et doit être réparée dans un délai aussi court que possible. Il convient donc que l'administration ait à sa disposition un autre moyen d'intervenir que la voie judiciaire pour mettre fin aux situations illégales et déposséder de leurs droits ceux qui les détiennent indûment. C'est l'action directe, dont nous allons nous occuper maintenant.

CHAPITRE DEUXIEME

L'action directe. — Son principe.

L'insuffisance des procédures judiciaires au regard des nécessités politiques et sociales nous conduit donc à nous demander si l'administration, sous peine d'être désarmée, ne devrait pas agir par voie d'action directe pour faire disparaître les situations qu'elle a illégalement conférées, si elle ne devrait pas user de son pouvoir d'émission d'actes administratifs exécutoires, pour faire observer la règle de droit qu'elle a elle-même méconnue. Mais ce mode d'intervention, que des considérations d'ordre pratique semblent rendre indispensable, ne peut-il être refusé à l'administration en raison de sa qualité de personne concédante ?

L'action directe, en effet, comme nous l'avons vu plus haut, ne présente pas de difficultés de principe à l'encontre des situations que les individus prétendent revendiquer comme constituant pour eux des droits reconnus par la loi (1), qu'il s'agisse pour l'administra-

(1) Cf. *suprà*, p. 18.

tion de faire état de certains faits qui sont venus affecter la situation postérieurement à sa naissance, et la rendre illégale, — ou au contraire, de relever une illégalité initiale l'entachant de nullité. L'administration, dans ces deux hypothèses, intervient en vertu de son pouvoir de police ; elle n'a qu'une qualité, celle de gardienne de la légalité. La seule question qui pourrait alors se poser serait celle de savoir dans quelles conditions s'exercera l'action administrative, pour sauvegarder les droits individuels. Mais le principe même de cette action n'est pas en jeu.

Au contraire, dans les situations conférées par l'effet de la libre initiative de l'administration, la qualité de personne concédante, créatrice de rapports juridiques, est essentielle, et il faut rechercher, avant de se préoccuper ensuite de la signification qu'il y aurait lieu d'attacher aux manifestations de l'action directe administrative et des formes qu'elle pourrait revêtir, si des objections de principe ne pourraient être soulevées contre cette action elle-même, quand elle se fonde sur une illégalité.

Il convient ici de remarquer que l'action directe que nous nous proposons d'étudier, ne se rencontre véritablement que dans les cas où l'administration agit de sa propre initiative.

Nous écartons donc le cas où l'administration n'interviendrait que pour assurer l'exécution d'une décision de justice, qui aurait prononcé la nullité ou l'an-

nulation de l'état de droit illégal. Il n'y aurait pas alors d'acte administratif véritable, ayant une valeur propre, mais seulement une conséquence immédiate du jugement, le préliminaire indispensable en quelque sorte de l'exécution matérielle (1).

Nous écartons de même le cas où l'administration agit en raison de la précarité qui affecte une situation dès sa naissance, si cette précarité est assez large pour subordonner l'existence de la situation à un pouvoir d'appréciation exercé dans le but d'assurer l'observation des lois. L'acte de l'administration trouve alors de toute façon sa justification dans la nature juridique même de la situation.

Le problème ne se pose donc nettement que lorsque l'administration se trouve en présence d'une situation qui n'est nullement précaire, ou dont la précarité est, du moins, étroitement limitée, situation dans laquelle, si elle était légale, les droits du bénéficiaire ne dépendraient le plus souvent que d'un fait d'inexécution ou ne pourraient se trouver affectés que par la survenance d'une condition. Dans le cas où, au contraire, une sem-

(1) Nous croyons qu'il y a lieu de rapprocher de cette hypothèse celle où serait intervenu non pas un jugement d'annulation, mais un jugement d'appréciation de validité. A notre avis, il y aurait encore chose jugée sur la légalité de la situation, et l'action administrative n'en serait que la conséquence nécessaire. Cette solution serait conforme à la conception du rôle du juge, dans laquelle celui-ci *constate* la nullité, et n'a pas nécessairement besoin de prononcer l'annulation.

Cf. sur ce point PLANIOL, *loc. cit.*, tome I, p. 129, § 319.

blable situation serait illégale, l'administration pourrait-elle agir par voie d'action directe pour faire respecter la loi ?

La jurisprudence ne nous apporte qu'un très petit nombre de solutions sur ce point. Aussi y aura-t-il lieu, après avoir relevé les décisions susceptibles de servir de base à une théorie juridique, d'examiner le problème dans son aspect doctrinal et d'exposer les objections qui pourraient être formulées contre l'action administrative dans le cas qui nous occupe.

La décision qui nous paraît avoir posé la question dans les termes les plus généraux et avoir pour cette raison une importance et une valeur de principe prépondérantes, est l'affaire *Poirel*, du 10 décembre 1880 (1), dans laquelle, contrairement à sa réserve habituelle, le Conseil d'Etat a traité le problème dans toute son ampleur (2).

Désireux de construire un aqueduc sous le chemin vicinal ordinaire de la commune de Rosières-aux-Salines, un sieur Poirel avait demandé au maire l'autorisation nécessaire en pareil cas ; puis, sur le refus de

(1) C. E., 10 décembre 1880, POIREL, p. 980.

(2) Il s'agissait, dans cette espèce, d'une situation précaire, mais dont la précarité était restreinte à l'intérêt de la viabilité. Nous sommes donc bien dans les données du problème, et le Conseil s'est placé uniquement sur le terrain théorique de la légalité ; quelquefois au contraire, la Haute-Juridiction, qui pourrait tirer argument de l'illégalité, préfère ne pas statuer sur ce point, à cause des répercussions possibles, et fonder sa décision sur des considérations de fait, par application de la précarité. Cf. C. E., 22 janvier 1892, Frères de St-Joseph, p. 39.

celui-ci, il s'était adressé au préfet, qui avait accordé la permission de voirie sollicitée, par arrêté en date du 30 octobre 1877, bien qu'en réalité il ne fût pas compétent, sous le régime antérieur à la loi de 1884, pour délivrer de semblables autorisations. Or, le 1^{er} septembre 1879, le préfet, sur les instructions du ministre de l'Intérieur, rapportait l'arrêté précédent et retirait ainsi l'autorisation accordée, par les motifs qu'elle consacrait une situation dommageable à la commune et qu'elle était contraire aux dispositions de la loi du 29 avril 1845 sur les irrigations. C'est l'annulation pour excès de pouvoir de ce second arrêté que demandait le sieur Poiriel au Conseil d'Etat, en soutenant que la permission dont il bénéficiait n'avait été retirée que dans l'intérêt privé de la commune, et non pour des considérations relatives à la viabilité du chemin. Le tribunal administratif n'a pas hésité à rejeter sa requête, en affirmant que la nullité du premier arrêté autorisait le préfet à revenir sur l'état de droit irrégulier, dans le considérant suivant : « Considérant que de ce qui précède, il résulte qu'en donnant au sieur Poiriel l'autorisation que le maire de la commune de Rosières-aux-Salines n'avait pas cru devoir lui accorder, le préfet a excédé les pouvoirs qu'il tenait des lois et règlements précités ; que, par suite, l'arrêté du 30 octobre 1877 ne *pouvait conférer au requérant aucun droit* ; qu'il suit de là que, sans qu'il y ait lieu d'examiner si l'arrêté attaqué a été pris dans l'intérêt privé

de la commune de Rosières-aux-Salines, le préfet de Meurthe-et-Moselle, *en rapportant l'arrêté du 30 octobre 1877, sur les Instructions du Ministre de l'Intérieur, n'a pas excédé ses pouvoirs.* »

Cette solution reconnaît donc la légitimité de l'emploi de l'action directe par l'administration, pour mettre fin à des états de droit irréguliers.

Depuis 1880, aucune décision n'est venue, à notre connaissance, confirmer nettement la théorie formulée alors en termes si généraux.

Cependant, dans une affaire récente, du 29 mars 1912, *Béziat* (1), le Conseil semble toujours admettre le principe de l'action administrative en cas d'illégalité, par argument *a contrario*, et continuer ainsi la doctrine de l'arrêt *Poirel* (2). Enfin, on pourrait peut-être faire état de quelques autres décisions, dans lesquelles le

(1) C. E., 29 mars 1912, *BÉZIAT*, p. 444.

(2) « Considérant, porte la décision, que pour rapporter, ainsi qu'il y avait été invité par le Ministre des Colonies, l'arrêté par lequel il avait nommé le requérant à l'emploi de commis de 1^{re} classe du Secrétariat général, le Gouverneur général de l'Afrique occidentale française s'est fondé uniquement sur ce que le sieur Béziat, âgé de plus de 30 ans le jour de sa nomination, ne remplirait pas à 60 ans la condition de durée de services exigée par la loi du 9 juin 1853 pour obtenir une pension de retraite d'ancienneté;

« Considérant que la circonstance ainsi invoquée par le Gouverneur général n'avait pas pour effet d'entacher d'illégalité la nomination du sieur Béziat; que le requérant est, dès lors, fondé à soutenir que par l'arrêté attaqué, il a été privé de son emploi en dehors des conditions prévues par les lois et règlements. »

juge a dénié à l'administration le pouvoir de retirer à des individus, pour des motifs d'erreur ou d'opportunité, le bénéfice de droits *régulièrement* acquis, reconnaissant ainsi, d'une façon tout à fait implicite il est vrai, la régularité d'un retrait basé sur une illégalité (1) (2).

(1) Cf. C. E. 13 janvier 1911, PICQUET, p. 13; 14 juin 1912, WULLIET, p. 659; 26 juillet 1912, VALLANET; 6 août 1912, DE-FRANCE. Dans les affaires WULLIET et VALLANET, le Conseil, statuant comme juge de l'excès de pouvoir, ne s'est pas borné à constater que l'acte attaqué était contraire aux règles de la situation; il a en même temps reconnu qu'il portait atteinte à des droits acquis, c'est-à-dire à des droits individuels. On pourrait se demander s'il n'a pas ainsi marqué la valeur particulière de ses décisions (cf. *suprà*, p. 25, note 2), ou bien plutôt, ainsi que nous serions portés à le croire, consacré la valeur *absolue* des situations administratives individuelles, le caractère objectif des droits acquis, comme conséquence logique de la notion de service public. Nous reviendrons sur ce point quand nous aurons à nous demander si la violation d'un contrat constitue une illégalité.

(2) Le problème qui fait l'objet de cette étude s'est posé également devant les tribunaux étrangers, à propos d'une affaire célèbre, l'affaire des Tramways de Bucarest, pour laquelle d'importantes consultations ont été données par MM. Larnaude, Alglave, Massigli, Chavegrin, Saleilles et Berthélemy, Professeurs à la Faculté de Droit de Paris.

Dans le but d'organiser en régie cointéressée un service de tramways dans la ville de Bucarest, le Conseil municipal avait sollicité et obtenu des pouvoirs publics l'émission d'une loi spéciale, promulguée le 14 avril 1909, déterminant les conditions de fonctionnement de l'entreprise projetée. Conformément aux prescriptions de cette loi, des statuts avaient été rédigés par la municipalité, adoptés par le Conseil municipal, le 15 mai 1909, et approuvés par le Conseil des Ministres, le 23 mai suivant. Or, à la suite de circonstances politiques que nous n'avons pas à rap-

La question est suffisamment délicate pour que nous la reprenions dans son ensemble au point de vue théo-

porter ici, la municipalité, pour faire pièce à la société municipale qui avait été constituée et qui avait commencé l'exécution des travaux nécessaires à l'exploitation concédée, arguait de nullité les actes administratifs précédemment intervenus, et soutenait que l'existence de la Société, à la création de laquelle toutes les autorités régulièrement instituées avaient cependant participé, était entachée d'illégalité; et pour donner une valeur effective et en quelque sorte positive à cette prétention, elle sollicitait, le 8 juillet 1911, des pouvoirs publics une décision tendant à provoquer la révocation de ses propres engagements. Par décision en date du 11 juillet 1911, le Conseil des Ministres déclarait annuler *rétroactivement* l'approbation qu'il avait donnée aux statuts, et une nouvelle loi, du 18 déc. 1911, prétendait, en interprétant celle du 14 avril 1909, fixer à nouveau le régime juridique de la Société des Tramways, et mettre fin aux difficultés qui s'étaient produites.

Le problème était donc de savoir si la situation créée au profit de la Société municipale l'avait été légalement, et, dans le cas contraire, s'il appartenait aux pouvoirs publics, soit par le retrait des approbations précédemment données, soit par l'émission d'une nouvelle loi prétendue interprétative, de revenir sur des droits antérieurement créés. Les consultations auxquelles nous venons de faire allusion n'ont pas admis, contrairement d'ailleurs à l'opinion de MM. Planiol, Weiss et Thaller, la possibilité d'user de telles procédures; leurs auteurs ont estimé que les actes administratifs intervenus avaient le caractère d'actes de gestion contractuels, qu'il n'appartenait qu'au juge de mettre à néant. Le tribunal d'Ilfov, consulté sur la question de savoir si la loi du 18 décembre 1911, qui imposait à la Compagnie des Tramways de Bucarest de nouveaux statuts, pouvait être considérée comme une loi interprétative de la loi de 1909, ou si, au contraire, elle était anticonstitutionnelle, a rendu son jugement le 2 février 1912 (Sirey, 1912.4.14). Il a estimé que si la loi de 1909 était nulle, c'était au juge qu'il appartenait de prononcer cette nullité, et que le législateur n'avait pu se substituer à lui. La nouvelle loi

rique. La solution donnée par la jurisprudence semble avant tout conforme aux déductions d'un raisonnement rigoureux, presque syllogistique. L'illégalité qui existe à l'origine d'un état de droit l'entache de nullité absolue ; l'individu ne saurait, dès lors, se prévaloir d'aucun des avantages qui lui ont été conférés en apparence ; il n'y a pas de droits acquis contre la légalité. La preuve en est que la constatation par le juge de l'excès de pouvoir de cette illégalité fera disparaître la situation, et qu'après l'expiration du délai de recours,

de 1911 avait, en effet, la prétention de s'appliquer *rétroactivement* aux droits concédés. Le tribunal a également reconnu que la loi de 1911 avait porté atteinte à la propriété privée, en dehors des formes nécessaires de l'expropriation, et pour tous ces motifs, a déclaré la loi de 1911 anticonstitutionnelle. Cette décision, rendue à un point de vue un peu particulier, ne nous paraît pas devoir être retenue comme un élément décisif dans notre controverse. Il s'agissait, en effet, dans l'espèce, d'une intervention exercée par une *autorité de tutelle*, que nous ne saurions admettre nous-mêmes, dans notre théorie (cf., *infra*, p. 84 et ss.). En outre et surtout, cette intervention avait pour objet beaucoup moins la suppression *pour l'avenir* des avantages concédés, que l'annulation *rétroactive* de l'état de droit prétendu illégal, annulation que nous considérons comme impossible de la part de l'administration (et même du législateur). Enfin, les droits d'un concessionnaire peuvent être comparés aux droits de propriété, et méritent pour cette raison, même en cas d'illégalité, une protection particulière, qui se manifeste par l'intervention du juge. (Cf., *infra*, p. 57). La question de l'action administrative, telle que nous la posons d'une façon générale dans les pages qui suivent, exercée au nom de la *personne publique engagée par des liens de droit vis-à-vis des individus* et aboutissant à une dépossession prononcée *pour l'avenir, sans aucun effet rétroactif*, reste donc entière,

l'illégalité pourra encore être mise en jeu d'une façon indirecte (1) ; par suite, il semble qu'il puisse appartenir à l'administration de mettre fin, par une décision nouvelle, à l'état de droit irrégulier. Cependant, ne pourrait-on pas soutenir que celle-ci n'a pas qualité pour détruire ce qu'elle a contribué à faire naître, que les droits qu'elle a conférés sont devenus définitifs à son égard ?

Ce sont les objections traduisant sous une forme juridique ces idées générales que nous allons maintenant exposer.

On pourrait, croyons-nous, présenter les arguments suivants pour écarter l'action directe de l'administration :

1° L'administration ne peut se faire juge de l'illégalité. — Cette objection qui s'offre la première à l'esprit et frappe par la simplicité de sa formule, nous paraît sans fondement. En admettant la possibilité de l'action administrative, nous n'entendons pas soutenir qu'aucun recours n'est possible contre cette action, mais seulement que l'administration pourra user de ses prérogatives particulières pour réaliser ses prétentions, pour se donner le rôle de défenderesse au procès. Et cette objection pourrait d'ailleurs être reproduite contre toute espèce d'action administrative, qu'il s'agisse d'illégalité ou d'inexécution. D'autre part, comme on le

(1) ALCINDOR, *loc. cit.*, p. 89 et ss.

verra plus loin, l'action exercée par l'administration ne doit avoir, dans notre théorie, aucun effet rétroactif. On ne saurait, par suite, prétendre à aucun point de vue que l'autorité administrative empiéterait sur les pouvoirs de l'autorité judiciaire (1). L'objection soulevée est donc, par suite, sans valeur.

2° On ne saurait davantage tirer argument du caractère exécutoire du premier acte administratif qui s'imposerait à l'administration et l'empêcherait de revenir sur une illégalité au moyen d'une nouvelle déclaration de volonté, également exécutoire. Ce caractère constitue un privilège pour l'administration et ne saurait se retourner contre elle. En face d'un acte exécutoire, elle peut placer un autre acte de même nature, diamétralement opposé. C'est d'ailleurs ce qui se produit quand elle agit par application des règles auxquelles est soumis l'état de droit.

Soit, dira-t-on. Mais alors le commencement d'exécution sera la preuve que l'administration a entendu ne pas se prévaloir de son erreur, de sa méconnaissance de la loi. C'est la question de la ratification ou confirmation ; nous n'y revenons pas.

3° Une autre objection pourrait être tirée du principe de la garantie du fait personnel (2). Dans la plu-

(1) Cf. *infra*, p. 49, et consultations de MM. Larnaude et Berthélemy, dans l'affaire précitée des Tramways de Bucarest (Bucarest, 1911).

(2) C'est ce que MM. Larnaude et Berthélemy, dans les consul-

part des situations juridiques qui obligent une partie à accomplir des prestations, c'est une règle qu'elle s'interdit en même temps de retirer par une autre manifestation de son activité, les prestations qu'elle a faites. Et de même que nous avons montré précédemment (1) le bénéficiaire d'une situation illégale prétendant écarter l'action en justice de l'administration au moyen de l'exception de garantie, de même encore l'intéressé pourrait songer à invoquer le même principe pour s'opposer à l'action directe et faire cesser le trouble apporté dans sa jouissance. Mais l'argument tiré de la garantie du fait personnel est sans valeur chaque fois que le garant a reçu de la loi le droit de faire l'acte d'où résulte l'éviction et qu'il ne saurait renoncer à ce droit parce qu'un caractère d'ordre public y est attaché.

Or, l'administration agit en vertu d'un pouvoir de police général et supérieur, plus fort qu'un droit même, puisqu'elle ne pourrait s'en priver par une disposition contractuelle ; une convention de ce genre serait impossible, portant sur un pouvoir qui n'est pas dans le commerce. Par suite, l'administration ne saurait se voir objecter la garantie à l'encontre d'une action directe tendant à la suppression de l'état de droit illégal.

4^o L'objection la plus forte s'inspire d'une idée d'équité et trouve son expression juridique dans la théo-

tations déjà citées, appellent le respect des engagements et des contrats librement passés.

(1) *Suprà*, p. 23.

rie de l'apparence. L'administration, en conférant une situation déterminée à un individu, lui a donné la croyance légitime qu'il ne pourrait se trouver dépossédé des avantages qui y sont attachés sans l'examen préalable d'un juge, si ce n'est dans le cas d'inexécution, ou bien encore en raison de la survenance d'un fait précis, ou enfin en vertu d'une appréciation nouvelle des faits dans un ordre d'idées déterminé.

Or, reconnaître à l'administration le droit d'agir par voie directe en cas d'illégalité, ce serait rendre toutes ces garanties illusoires et mettre le bénéficiaire d'une façon permanente à sa merci, en fournissant aux pouvoirs publics le moyen d'intervenir sans cesse et de porter atteinte aux droits conférés sous un prétexte toujours plausible. Sans doute, l'intéressé aurait ensuite à sa disposition une voie de recours pour faire reconnaître ses droits et obtenir la restitution des avantages dont on l'aurait indûment privé. Mais il pourrait aussi prétendre que l'administration n'a entendu réserver implicitement sa liberté d'action qu'en vue de circonstances particulières prévues par les règles applicables à l'état de droit (1), et que l'espèce d'expropriation préalable qu'il a subie l'a mis dans une posture plus défavorable, car c'est à lui qu'incombera désormais le fardeau de la preuve en qualité de demandeur.

Il y a plus : dans les situations unilatérales, le titu-

(1) *Suprà*, p. 17 et 18.

laire pouvait se croire à l'abri de tout recours à l'expiration du délai imparti par la loi du 13 avril 1900. Or, la procédure d'action directe permettrait à l'administration de rouvrir le délai d'une façon détournée et pour elle seule, et de discuter ainsi la validité de la situation tant qu'elle subsisterait.

De ces constatations, on devrait conclure à l'impossibilité de l'action directe pour illégalité. L'intéressé qui, nous le répétons, n'a *au fond* aucun droit, pourrait invoquer l'apparence et demander que toutes les règles posées par son statut soient observées. Elles ne s'appliqueraient plus alors en vertu de la *valeur juridique réelle* de la situation, mais en vertu de sa *valeur apparente*.

Ce résultat peut paraître trop absolu. Autant nous sommes disposé à admettre avec la jurisprudence et la doctrine que les tiers qui ont traité avec des titulaires irréguliers seraient fondés à invoquer leur croyance légitime (1), autant l'application d'une semblable théorie aux rapports existant entre l'administration et les bénéficiaires nous semble dangereuse pour l'ordre public.

On pourrait, il est vrai, être tenté de restreindre la portée de la valeur apparente aux seules *formalités extérieures* prévues par le statut, indépendamment des conditions de fond. Par suite, l'action directe pourrait être admise quand l'administration posséderait, dans

(1) Voyez sur ce point : ALCINDOR, *loc. cit.*, p. 53 et la note; LEDOUX, *Rev. génér. d'Adm.*, 1912, tome III, p. 40.

une mesure plus ou moins grande, le pouvoir de faire état de circonstances et de faits prévus par la règle de droit pour mettre fin à une situation, et que son action ne subirait aucune limitation résultant de l'emploi de formes particulières (1). Au contraire, toutes les fois qu'un examen technique aurait été prévu, qu'une procédure disciplinaire aurait été établie, qu'une voie de droit spéciale aurait été instituée, pour constater les faits susceptibles de légitimer la dépossession du titulaire (2), la conception de valeur apparente devrait trouver son application et imposer l'emploi de toutes ces procédures, ce qui aboutirait le plus souvent à rendre le retrait pratiquement impossible, car il y a une corrélation étroite entre les garanties formelles et les conditions de fond.

Cette théorie intermédiaire ne nous paraît pas encore tenir un compte suffisant de l'intérêt public et du rôle de gardienne de la légalité qui appartient à l'administration. Par un résultat assez paradoxal, elle aboutit à maintenir les situations illégales justement dans les cas où on a accumulé les réglementations et où on a entendu instituer un état de droit au lieu d'un régime d'arbitraire, en sorte que l'illégalité semblerait d'autant plus inattaquable qu'elle résulterait de la violation d'un plus grand nombre de dispositions légales.

(1) C'est ce qui se produit à l'égard des fonctionnaires sans statut, des permissionnaires de voirie.

(2) Situation des fonctionnaires protégés par un statut, des concessionnaires de mines, des concessionnaires de travaux publics.

De plus, cette théorie serait basée sur un principe qui, poussé dans ses conséquences logiques, conduit, comme nous venons de le voir, à considérer comme intangibles à l'encontre de l'action administrative, les états de droits irréguliers, et on ne voit pas bien les motifs de s'arrêter à la limitation proposée.

Ainsi donc, il faut faire sa part à la qualité de personne concédante que possède l'administration, mais nous croyons par ailleurs qu'on ne saurait lui dénier le droit d'agir par voie directe sans saisir les tribunaux. Une formule moyenne doit être cherchée, admettant cette action en cas d'illégalité, quelle que soit la nature juridique de la situation, sauf peut-être une ou deux exceptions, et tenant compte des apparences légitimes dans l'aspect général que prendra cette action.

Pour nous, l'administration trouve dans son pouvoir de *police* (1) le droit d'agir pour faire respecter la légalité ; il lui appartient de mettre fin à une situation irrégulièrement concédée ; mais l'apparence de légitimité qu'elle a donné à son acte primitif en sa qualité de personne concédante aura sa répercussion sur la forme au moyen de laquelle elle devra réaliser son intervention.

(1) Cf., *suprà*, p. 9, note 1.

CHAPITRE TROISIÈME

La forme de l'action directe.

Le retrait des droits irrégulièrement conférés.

Il ne suffit pas, en effet, de reconnaître à l'administration le droit de détruire elle-même les situations qu'elle a irrégulièrement créées, il importe également de déterminer l'aspect et la valeur que prendra son action. Sans doute, quand elle s'adresse aux tribunaux, elle le fait suivant les règles habituelles ; il existe une situation qu'elle estime illégale, elle en demande l'annulation en se conformant aux procédures établies. Mais dans le cas d'action directe, au contraire, sa double qualité d'autorité de police et de personne concédante doit donner à cette action un caractère particulier. Il ne paraîtrait pas admissible que la décision administrative nouvelle se présentât seulement sous la forme d'une *mise en demeure*, enjoignant au bénéficiaire de

renoncer aux avantages concédés, sous la forme d'une sorte d'ordre de délaissement susceptible ensuite d'exécution matérielle (1). La situation considérée ayant été l'œuvre de l'administration elle-même, celle-ci manifesterait son double rôle sous un jour fâcheux.

Pour faire disparaître l'espèce de discordance existant entre l'administration autorité de police et l'administration personne concédante, il importe qu'elle agisse sans opposer l'une à l'autre ces deux qualités. Nous croyons que cette conciliation peut être présentée sous la forme suivante au point de vue théorique : l'administration trouve dans sa première qualité d'autorité de police le pouvoir de constater l'illégalité ; mais c'est en vertu de sa seconde qualité d'autorité concédante qu'elle tire parti de cette constatation, en retirant les droits conférés, dans une forme équivalente à celle qu'elle a déjà employée pour les faire naître, c'est-à-dire, d'une façon générale, en prononçant la révocation des avantages concédés. Ou si l'on préfère, l'administration, organe de police, incitera l'administration, personne concédante, à agir en cette qualité et à ce titre, pour supprimer l'état de droit irrégulier, et elle lui donnera, pour ce faire, l'autorité et le pouvoir qui lui auraient manqué en temps normal, si la situation n'avait pas été entachée d'illégalité.

(1) Comme cela se produit en matière de droits individuels. Cf., *Conflits*, 2 décembre 1902, *Sté de St-Just*, p. 713.

Ainsi donc, satisfaction sera donnée à l'apparence, mais d'une façon purement formelle et générale. En effet, nous n'entendons pas, en principe, obliger l'administration à respecter les formes particulières prévues par les règles applicables à la situation, en cas de suppression pour inexécution, puisque cette solution conduirait le plus souvent, comme nous l'avons vu, à rendre impossible cette suppression en cas d'illégalité. Nous estimons que *l'administration qui a constaté l'illégalité au nom de son pouvoir de police, doit se considérer dans une certaine mesure comme en face d'une situation précaire* et qu'il lui appartient de la supprimer au moyen d'un acte qui a la *valeur générale d'un retrait*, d'une révocation, pour lequel elle ne devra observer que les procédures absolument générales qui lui sont imposées par la loi.

Mais il nous faut préciser ce que nous entendons par le mot retrait. C'est le « retirement » des *droits* en prenant en considération leur illégalité initiale. Mais ce n'est nullement le « retirement » de l'*acte irrégulier* qui a donné naissance à la situation. C'est qui pourrait prêter à confusion, c'est qu'on rencontre souvent dans la jurisprudence et dans la doctrine les expressions de *retrait de nominations*, de *retrait de permissions*, de *décisions rapportées*. Or, à notre avis, cette terminologie est souvent inexacte. Sans doute, l'administration retire quelquefois un acte lui-même, avec le consentement, implicite ou non, de l'intéressé, soit qu'il s'agisse

de rétablir celui-ci dans une situation plus favorable (1), soit que la dépossession soit acceptée par lui comme légitime. Mais elle n'a pas le pouvoir de retirer de sa propre autorité un acte administratif, même illégal, qui a touché un individu, si celui-ci n'y consent pas ; elle n'a pas le pouvoir de le réduire à néant, pouvoir qui n'appartient qu'au juge (2). C'est là une notion sur laquelle nous croyons devoir insister un peu.

Nous avons déjà noté plus haut (3), que les situations administratives avaient une physionomie particulière, qu'elles avaient en quelque sorte une double face individuelle et générale. Or, les actes qui leur donnent naissance participent de ce double caractère. Dès qu'ils se sont manifestés à l'extérieur et ont par là même acquis une valeur officielle ou sociale (4), en même temps qu'ils ont investi le titulaire au regard des tiers, ils ont parfait un accord de volontés (5), une convention, appa-

(1) Théorie des non-lieu.

(2) Il suit de là que, selon nous, quand une décision, favorable au principal intéressé, doit avoir une répercussion sur la situation de tiers faisant partie de la même hiérarchie, elle ne peut être valablement retirée par son auteur. Cf., en sens contraire, C. E., 28 février 1908, Franco, p. 187.

(3) Cf., *suprà*, p. 14, note 1, p. 37, note 1.

(4) DUGUIT, *loc. cit.*, p. 122.

(5) C. E., 29 mars 1912, BÉZIAT, p. 444; 14 juin 1912, WULLET, p. 659; 6 août 1912, DEFRANCE.

Les droits prennent naissance du fait que la déclaration de volonté a été rendue publique, et non pas d'un commencement d'exécution, comme par exemple, l'installation postérieure du titulaire dans la situation.

rente ou non, s'est conclue, dont seul le juge des rapports individuels pourra prononcer l'annulation (1).

Ce caractère définitif de la déclaration de volonté administrative dès qu'elle s'est rencontrée avec une autre volonté (2), a été mis en évidence par le Conseil d'Etat à propos des situations purement contractuelles, où la juxtaposition des volontés apparaît nettement (3). Dans les espèces sur lesquelles la Haute-Juridiction a eu à se prononcer, il s'agissait le plus souvent de contrats qui avaient sorti leur plein effet par l'accomplissement de l'unique prestation prévue, de sorte que l'impossibilité de rapporter l'acte illégal apparaissait surtout comme la conséquence d'une exécution entièrement achevée (4). C'est cette manière de voir qu'exprimait en 1877 M. le Commissaire du Gouvernement David, dans les termes suivants (5) : « Le principe de la révocabilité des actes de tutelle administrative comme de tous les autres actes administratifs en général, pour exister *ab*

(1) Cf. consultations précitées dans l'affaire des Tramways de Bucarest.

(2) Cf. HAURIOU, *loc. cit.*, p. 425, note 2.

(3) C. E., 4 avril 1861, GOURRAUD, p. 236; 24 juillet 1877, DELONDRE, p. 732. (Sirey, 77.2.309); 14 nov. 1879, DUMONT, p. 703 et la note; 20 février 1880, STÉ DE MARIE, p. 189; 6 août 1897, PHOSPH. DE TEBESSA, p. 601.

(4) Cf. Consultation précitée de M. BERTHÉLEMY : « A quoi bon retirer la permission de naître à une société qui est déjà née. »

(5) C. E., 2 mars 1877, Institut cath. de Lille, p. 222, avec les conclusions de M. DAVID.

initio, n'est pas illimité dans son application ; il s'arrête naturellement à l'exécution même de ces actes devant les droits qui en sont sortis, alors surtout que ces droits ressortissent soit de l'autorité judiciaire, soit d'une juridiction spéciale de l'ordre administratif. »

Mais pour nous, l'incapacité dans laquelle se trouve une autorité administrative de reprendre en quelque sorte l'acte qu'elle a émis, résulte d'une véritable incompétence, conséquence de l'indissolubilité des conventions à l'égard des parties, bien plutôt que de la réalisation complète ou partielle des droits des individus.

La manifestation de volonté a été projetée à l'extérieur, elle s'est détachée de son auteur, elle ne lui appartient plus (1). Cette conception a été indiquée dès 1863 par le Conseil d'Etat, qui a dénié au préfet la possibilité de subordonner à une nouvelle approbation de sa part l'exécution d'un contrat, dont les conditions avaient déjà été déterminées par une délibération du Conseil municipal, et approuvées par lui conformément

(1) Elle est hors de son pouvoir, dès qu'elle s'est rencontrée avec une autre volonté. Par suite, à notre avis, l'autorité ne conserve pas davantage le contrôle de sa volonté dans ses résultats, de sorte qu'elle ne saurait en suspendre les effets pour l'avenir. Elle n'agit pas sans cesse sur cette volonté comme le Dieu de Descartes agissait sur le monde ; il ne lui sera donc possible d'intervenir dans la situation qu'au moyen d'un nouvel acte, à condition qu'elle ait qualité pour le faire, c'est-à-dire qu'elle soit réellement partie principale à l'accord des volontés. Cf. *contrà*, 16 février 1912, BLANC, p. 223 ; et *infra*, p. 89.

à la loi (1). Le juge a donc estimé que la compétence du préfet était limitée à une seule déclaration de volonté, et que celle-ci ayant été émise, il ne pouvait plus la rapporter, qu'il était dessaisi.

Ces principes qui, croyons-nous, ont une portée générale et peuvent s'appliquer à toutes les situations, unilatérales ou contractuelles, dès qu'elles ont pris naissance, peuvent être invoqués principalement vis-à-vis des manifestations de volonté de l'autorité de tutelle qui, comme nous le verrons d'ailleurs plus loin, n'est appelée à participer à la création de l'état de droit permanent que d'une façon accessoire.

Un nouvel acte de sa part, qui ne saurait s'interpréter que comme le retrait du premier, et non comme une nouvelle déclaration de volonté, destinée à agir sur l'état de droit, apparaît, en effet, comme impossible juridiquement à tous les points de vue. C'est une question sur laquelle nous reviendrons dans le chapitre que nous consacrerons aux personnes compétentes pour effectuer le retrait des droits irrégulièrement conférés.

Ainsi, l'action directe administrative ne saurait se présenter sous la forme d'un retrait de la première déclaration de volonté, que la juxtaposition de celle-ci à une autre ait été apparente ou non, qu'il s'agisse de situation contractuelle ou de situation unilatérale. Elle

(1) C. E., 6 juillet 1863, DELRIAL, p. 510 et la note; 28 juillet 1864, BANDY DE NALÈCHE, p. 695.

devra consister dans l'émission d'un nouvel acte administratif exécutoire, prononçant *sans rétroactivité pour l'avenir* seulement, le retrait des avantages concédés, c'est-à-dire en somme dans un acte offrant une analogie d'ordre général avec celui que légitimerait normalement une inexécution, ou telle autre cause prévue par les règles applicables à l'état de droit. Ce procédé de dépossession par voie unilatérale, l'administration peut l'utiliser aussi bien dans les situations proprement contractuelles que dans les situations régies par une règle de droit générale, par des dispositions réglementaires. Il traduit d'une façon effective l'espèce de domination qu'exercent les personnes publiques sur les droits qu'elles ont concédés (1), domination qui, sans doute, ne se manifeste pas toujours avec la même force, mais qui doit exister, croyons-nous, dans presque tous les cas, comme conséquence de la qualité de personne concédante qui appartient à l'administration. Le pouvoir d'action directe est une de ses prérogatives, il n'est pas fonction du caractère unilatéral ou contractuel des situations. C'est ce que nous allons essayer de montrer d'une façon plus précise en envisageant successivement chacune de ces deux catégories de situations.

1° *Situations ayant leur origine dans un acte unilatéral.* — Ce qui différencie les situations, c'est moins, comme nous l'avons montré incidemment (2), l'essence

(1) *Suprà* p. 18, note 1.

(2) *Suprà*, p. 22, note 1.

et la nature des rapports juridiques existant entre les particuliers et l'administration, que l'apparence sous laquelle ces situations se présentent, apparence qui se traduit par la prépondérance donnée tantôt à l'un, tantôt à l'autre de ces deux éléments constitutifs d'une situation conférée par l'administration, savoir : l'acte administration exécutoire prononçant *erga omnes* l'investiture du bénéficiaire,— l'accord des volontés, source de ses droits et de ses obligations (1).

Dans notre hypothèse, ce qui domine, c'est l'acte administratif exécutoire ; dès lors, le retrait se présente de la manière la plus simple, sous la forme d'un nouvel acte administratif, ayant une valeur équivalente à celle du premier ; et, alors que celui-ci a prononcé l'investiture, le second prononce la dépossession. Ceci posé, y aura-t-il lieu, pour ce retrait, d'observer certaines des formes prévues par la règle de droit, pour les cas dans lesquels il appartiendrait à l'administration de supprimer la situation par application de cette règle ? Nous avons déjà fait remarquer précédemment (2), que s'il fallait envisager la situation apparente résultant de l'acte illégal comme méritant quelque valeur, on arriverait à rendre impossible, en réalité, dans bien des cas, le retrait pour illégalité ; nous estimons donc que le bénéficiaire ne saurait prétendre au respect des garanties qui ont été instituées en vue d'hypothèses toutes

(1) *Contrà*, HAURION, *loc. cit.*, p. 400, 425 et 461.

(2) *Suprà*, p. 44 et ss.

différentes. Toutefois, s'il s'agissait de procédures dont le champ d'application fût extrêmement général et dont la raison d'être devrait être cherchée dans un principe d'ordre public général, tel que la liberté de la défense, dont l'expression la plus pratique paraît bien être la communication du dossier (1), nous ne verrions aucun inconvénient à ce qu'elles soient observées. L'apparence a dans ce cas une valeur non plus particulière à l'état de droit précis envisagé, mais beaucoup plus générale, susceptible d'être invoquée, croyons-nous, même par un fonctionnaire de fait.

2° *Situations ayant leur origine dans un contrat.* —

Dans ces situations, l'élément prépondérant, c'est l'accord des volontés. Mais l'investiture, quelquefois expresse, le plus souvent tacite (2), est toujours nécessaire pour conférer au titulaire de la situation des droits opposables à tous, dans l'intérêt du service public. Par suite, si le parallélisme entre l'acte générateur de la situation et le retrait est moins sensible, il existe toujours au point de vue théorique. Le retrait est encore une déclaration de volonté unilatérale, qui prononce la suppression des droits conférés ; ce procédé d'action

(1) Loi du 22 avril 1905, art. 65.

(2) En matière de concessions, de marchés de travaux publics, cette investiture se manifeste au point de vue général par l'acte d'adjudication ; au point de vue spécial des permissions de voirie, par l'autorisation d'occuper le domaine public, qui figure dans les cahiers des charges. En matière de contrats passés avec un fonctionnaire pour un temps déterminé, par l'acte de nomination.

directe n'a d'ailleurs rien d'inconciliable avec le caractère contractuel de l'état de droit envisagé, puisque la convention en prévoit l'emploi dans certains cas particuliers (1). Aussi bien dans les situations contractuelles que dans les situations unilatérales, l'intervention de l'administration prend en principe la forme d'actes unilatéraux exécutoires.

Il y a cependant une hypothèse dans laquelle la possibilité d'une action administrative pourrait faire doute, parce qu'il semble que la nature même du contrat s'oppose à l'exercice de la prérogative de l'administration, et lui impose l'obligation de s'adresser au juge. C'est l'hypothèse du contrat de concession, dans laquelle la déchéance ne peut être prononcée que par les tribunaux, si l'administration ne s'est pas formellement réservé ce droit dans l'acte de concession (2). Nous croyons que cette procédure doit être suivie également quand la concession est illégale, et que s'il appartient à l'administration de demander la dépossession d'un concessionnaire en invoquant l'illégalité, elle ne peut agir par la voie administrative. La concession même irrégulière est placée sous la garantie du juge ; cette exception, que ne justifient pas des raisons de principe, trouve son explication dans des considérations de fait qui se

(1) Par exemple, la mise en régie dans les marchés de travaux publics.

(2) C. E., 20 janvier 1905, Ville de Langres, p. 54, avec les conclusions de M. ROMJEU.

sont imposées à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Elles sont tirées de ce que « le contrat de concession, fait pour une *durée déterminée*, dans lequel la résiliation a pour effet de priver le concessionnaire de la perception des taxes qui devaient le rémunérer et de mettre l'administration en possession de toutes les installations créées par lui, est considéré comme devant être entouré de plus de garanties pour le concessionnaire et comme devant être rompu moins facilement (1). »

Compris comme nous venons de le faire, le retrait des droits irrégulièrement conférés a une portée générale; il n'est pas applicable seulement quand aucune voie judiciaire n'est ouverte, mais même quand la justice peut être saisie. Il est possible parallèlement au recours devant les tribunaux. Sans doute, quand il s'agit de situations constituant des droits individuels conférés par la loi, on comprend qu'on ait cherché à limiter l'action administrative au moyen de règles empiriques, dont la plus importante consiste à restreindre le droit d'action directe aux hypothèses où aucun recours judiciaire n'est possible. C'est une sauvegarde des libertés à l'encontre du pouvoir de police. Mais dans

(1) Concl. de M. ROMIEU sous l'arrêt précité.

Par application de ce principe, nous n'aurions pas considéré comme légitime, dans l'affaire des Tramways de Bucarest, l'intervention, par voie directe, de la municipalité, dans le but de porter atteinte aux droits du concessionnaire. Ceux-ci ont, en effet, une valeur équivalente à celle des droits de propriété, et méritent la même protection.

l'hypothèse des situations concédées par l'administration, il n'en est plus ainsi. Si on admet que la qualité de personne concédante ne s'oppose pas à l'action de l'administration quand on se trouve en présence d'un état de droit illégal, celle-ci reçoit de cette même qualité la faculté d'agir dans tous les cas sur l'état de droit par des actes exécutoires, et de dépouiller matériellement le bénéficiaire d'avantages qui, selon elle, n'ont plus, en somme, qu'une valeur précaire.

CHAPITRE QUATRIEME

Les conditions du retrait des droits irrégulièrement conférés.

Puisque nous avons admis la possibilité pour l'administration de déposséder par voie d'action directe les titulaires des situations illégalement conférées, il convient maintenant d'étudier avec quelque détail les conditions de son intervention, c'est-à-dire, au point de vue du fond, les cas dans lesquels on se trouvera en présence de situations illégales, — et, au point de vue de la forme, les autorités qui auront qualité pour relever cette illégalité, ainsi que le délai dans lequel devra s'exercer leur action.

I. — DE L'ILLÉGALITÉ COMME CONDITION D'INTERVENTION.

Nous avons toujours supposé, dans les chapitres qui précèdent, que le fondement de l'action administrative devait être une illégalité, affectant les actes

juridiques générateurs de la situation, et, par suite, la situation elle-même. Mais cette notion d'illégalité a besoin d'être précisée, car autrefois très nette et très déterminée, elle tend, depuis quelque temps, à prendre des aspects plus diversifiés et plus contestables.

Ce que l'on peut affirmer avec certitude, c'est que l'illégalité ayant pour conséquence d'entacher d'une nullité absolue, opposable à tous, les actes qu'elle vicie (1), consiste, en principe, dans la violation de règles de droit ayant elles-mêmes une valeur absolue, c'est-à-dire de lois, de règlements, de circulaires ministérielles à portée étendue (2). Il est, par contre, très douteux qu'elle puisse sanctionner les rapports juridiques résultant d'accords de volontés, de contrats, s'imposant comme une loi aux parties, mais à elles seules, et non opposables aux tiers. En d'autres termes, la méconnaissance d'une règle d'essence contractuelle ne paraît pas devoir être assimilée à une illégalité. La situation créée contrairement aux clauses d'un contrat serait irrégulière, mais non illégale.

Le problème qui se pose à nous consiste donc à rechercher s'il ne serait pas possible d'établir un rapprochement entre la violation d'un règlement, qui constitue certainement une illégalité, et la violation d'un contrat; si celle-ci n'aurait pas le caractère d'une nullité oppo-

(1) ALCINDOR, *loc. cit.*, p. 49, 70 et 79.

(2) LAFERRIÈRE, *loc. cit.*, p. 380 et 505; HAURIOT, *loc. cit.*, p. 429, 453 et 456; DUGUIT, *loc. cit.*, p. 222 et 275.

sable à tous, de nature à être invoquée par quiconque y aurait intérêt.

Mais il importe, toutefois, avant de relever les décisions de la jurisprudence, susceptibles d'apporter une solution à la question qui nous occupe, et avant d'examiner celle-ci dans son ensemble au point de vue théorique, de remarquer qu'en admettant que l'on doive attribuer à la méconnaissance de dispositions contractuelles le même caractère qu'à la méconnaissance d'un règlement, et assimiler l'irrégularité à une illégalité existant *erga omnes*, il n'en résulterait nullement que le juge de l'excès de pouvoir aurait une compétence exclusive pour le prononcer, ni même qu'il aurait toujours pour ce faire une compétence pour ainsi dire additionnelle ou subsidiaire (1).

La règle posée d'une façon rigoureuse par le Conseil d'Etat, d'après laquelle les parties ne sont pas recevables à faire valoir par la voie du recours pour excès de pouvoir les droits qu'elles prétendent tenir d'une convention, et doivent présenter leurs réclamations devant le juge du contrat, seul compétent pour en connaître (2), n'en conserverait pas moins toute sa valeur.

Cette règle dérive, en effet, non pas du caractère plus ou moins absolu, plus ou moins *objectif* de l'irrégularité.

(1) LAFERRIÈRE, *loc. cit.*, p. 478.

(2) Cf. parmi les décisions rendues dans ces dernières années : C. E., 17 mai 1907, UNION CONGOLAISE, p. 472; 19 juillet 1907, BÉNARD, p. 698; 22 février 1908, FRANCO, p. 180; 29 mars 1912, FROT, p. 467.

larité commise, mais des principes généraux du droit administratif; elle constitue une application de la théorie du recours parallèle, et sa raison d'être est la nécessité de sauvegarder le « respect dû à la compétence de chaque juridiction » (1).

De cette observation fondamentale, il résulte que ce n'est que très rarement, d'une façon presque exceptionnelle, que la jurisprudence a eu à apprécier au point de vue absolu de l'illégalité l'action administrative exercée contrairement aux clauses d'un contrat, et à trancher explicitement le problème que nous avons à résoudre. — Le juge du contrat, en effet, compétent comme nous venons de le voir dans la grande majorité des cas, puisque le plus généralement la violation d'un contrat est invoquée par l'une des parties qui se plaint des agissements de l'autre, le juge du contrat est bien appelé à rechercher si l'acte administratif est contraire à l'accord des volontés; il est conduit, en outre, à tirer telles conséquences que de droit de cette violation, et s'il se trouve en présence d'un acte accompli par l'administration dans le but d'intervenir dans la réalisation de l'état de droit, il pourra même, croyons-nous, l'annuler (2); mais il convient de noter que cette

(1) LAFERRIÈRE, *loc. cit.*, p. 478.

(2) Dans la mesure où cette annulation ne serait pas contraire au principe de la répartition des compétences entre les diverses juridictions.

Cf. sur les pouvoirs du juge du contrat: C. E., 23 janvier 1903,

annulation n'aura qu'une valeur *inter partes*, en raison de l'autorité relative de la chose jugée, et, dès lors, la question qui nous occupe ne se posera pas.

Le problème de savoir si la violation d'un contrat constitue une véritable illégalité, ne peut donc, à notre avis, se présenter que dans deux hypothèses :

1° Dans la première, la question sera soumise au juge de l'excès de pouvoir, qui deviendra exceptionnellement compétent, soit en raison de la qualité de l'auteur du pourvoi, s'il s'agit d'un recours formé par des tiers ayant intérêt à demander en justice l'observation par l'administration des clauses d'un contrat relatif à la marche d'un service public ; — soit en raison de la qualité de l'auteur de l'acte qui fait grief, si l'individu, partie contractante, agit non contre la personne administrative partie principale à l'accord des volontés, mais contre une autorité restée étrangère à la création de la situation, ou n'étant intervenue lors de la formation du contrat qu'à titre accessoire.

2° Dans la deuxième hypothèse, l'acte administratif

CHEM. DE FER ÉCON. DU NORD, p. 63, avec les conclusions de M. TEISSIER. S. 04.3.47.

Dans cette affaire, ce n'est pas comme juge de l'excès de pouvoir, mais comme juge d'appel du Conseil de Préfecture que le Conseil d'Etat a eu à connaître de la régularité d'un arrêté réglementaire pris par un Préfet en vertu des dispositions du décret du 6 août 1881, mais contraire aux clauses du contrat de concession de la Compagnie précitée. Sur la portée qu'il convient de donner à cette décision, consulter H. RIPERT, *Revue de Droit public*, 1905.

pris en violation des dispositions contractuelles, aura pour objet de créer une seconde situation individuelle, et, par suite, la question de la légalité de cette situation pourra se poser devant le juge compétent pour apprécier la validité du nouvel état de droit.

1° C'est principalement à l'occasion de recours pour excès de pouvoir formés par des tiers que le Conseil d'Etat a été amené à déterminer la valeur juridique de la violation des contrats. L'extension toujours plus grande donnée à la notion de l'intérêt nécessaire pour agir en justice l'a conduit à reconnaître non seulement le droit des propriétaires ou des riverains (1), mais encore celui des usagers (2) au fonctionnement régulier

(1) C. E., 6 mars 1903, ARDISSON, p. 196; 1^{er} février 1905, STORCH, p. 116.

(2) C. E., 21 décembre 1906, Syndicat des habitants du quartier de la Croix de Seguey-Tivoli, p. 961, avec les conclusions de M. ROMIEU. Le Conseil a admis dans cette affaire le principe d'un recours pour excès de pouvoir formé par les usagers d'un service public, et tendant à faire sanctionner par cette voie objective les droits que ceux-ci tenaient du cahier des charges d'un contrat de concession. Sans doute, dans cette hypothèse, le cahier des charges avait une valeur réglementaire et pouvait ainsi plus facilement servir de base à l'action des intéressés; mais il y a lieu de remarquer que cet élément réglementaire n'était que l'accèssoire, et qu'au fond les droits des individus avaient leur source dans un accord de volontés.

Addé, 15 novembre 1907, POIRIER, p. 820, avec les conclusions de M. TEISSIER, S. 07.3.32.

Si, dans cette espèce, le Conseil a rejeté le recours pour excès de pouvoir formé par un non-contractant, c'est en invoquant le défaut de qualité de son auteur, ce qui n'infirme en rien la solution proposée.

d'un service public, conformément aux clauses du cahier des charges. La jurisprudence semble ainsi consacrer la valeur générale, absolue des accords juridiques passés par l'Etat pour la gestion des services publics.

On pourrait sans doute relever des décisions dans lesquelles le Conseil paraît soutenir une doctrine opposée, mais ce sont des solutions rendues dans des espèces un peu particulières, et qui ne nous paraissent pas devoir être généralisées (1).

D'autre part, dans plusieurs affaires récentes, la Haute-Juridiction, en annulant les actes accomplis en violation d'un contrat par des autorités qui n'étaient pas parties principales à la situation, a peut-être entendu sanctionner d'une façon en quelque sorte objective, les droits acquis par les individus, en vertu d'accords de volontés (2). Mais c'est là une opinion qui nous

(1) C. E., 13 mai 1910, Société de St-Lô, p. 388. Le Conseil a estimé qu'il n'appartenait pas au préfet de déclarer nulles de droit les délibérations d'un Conseil municipal, sous prétexte qu'elles portaient atteinte à un contrat de droit commun; 18 novembre 1910, SANTINI, p. 801, ou à un contrat de concession. Dans ces deux affaires, il s'agissait non du recours ordinaire pour excès de pouvoir, mais du recours prévu par les articles 63, 65 et 67 de la loi du 5 avril 1884, en matière de délibérations nulles de droit pour violation d'une loi ou d'un règlement d'administration publique.

(2) C. E., 16 février 1912, BLANC, p. 224; 24 février 1912, PECH, p. 257. Par ces deux décisions, le Conseil d'Etat a admis qu'un préfet excédait ses pouvoirs en rapportant une approbation régulièrement donnée à un contrat. On aurait pu, croyons-nous, soutenir avec beaucoup de raison et de force, que l'excès de pouvoir

est personnelle, et on ne saurait fonder sur ces dernières décisions une théorie juridique précise.

2° La question de l'illégalité des actes accomplis en violation d'un contrat peut encore se poser quand l'administration se propose non pas d'intervenir dans l'état de droit existant, mais bien de créer une nouvelle situation au profit d'un autre individu. C'est la forme particulière sous laquelle se présente la question de l'illégalité dans notre travail. La légalité de l'état de droit nouveau pourra être discutée ou bien devant le juge de l'excès de pouvoir, dans les conditions qui viennent d'être exposées, — ou bien devant le juge compétent pour connaître des rapports juridiques constituant ce second état de droit. Le Conseil d'Etat n'a eu que rarement à se prononcer sur la question ainsi soulevée. Il a bien, en 1902, dans l'affaire *Goret*, fait état des accords passés par les autorités administratives en vue de la gestion des services publics, et les a pris en considération pour apprécier la légalité d'un autre acte accompli par elles dans la limite de leurs pouvoirs, et conférant une situation à un individu. Mais cette espèce

résultait d'une incompétence, que le préfet, ayant donné son approbation, se trouvait par ce fait même dessaisi (*suprà*, p. 52 et 53; *infra*, p. 89 et 90).

Cette manière de voir aurait été très voisine de l'ancienne théorie de l'excès de pouvoir flagrant. Cependant le Conseil a fondé sa décision sur la violation des droits acquis, sans tenir compte du fait que ceux-ci avaient eu leur source dans un véritable contrat.

a donné lieu à des commentaires nombreux, et sa valeur jurisprudentielle est sujette à controverses (1). D'autre part, si en 1909 et en 1910, le Tribunal administratif a eu à rechercher dans quelle mesure il y avait lieu de subordonner certaines situations individuelles à des accords contractuels, les décisions qu'il a rendues, d'ailleurs difficiles à concilier entre elles, paraissent s'inspirer beaucoup plus de considérations de fait que de raisons de principe (2).

(1) C. E., 6 juin 1902, GORET, p. 420, concl. de M. ROMIEU. Le sieur Goret avait été autorisé, en 1889, par le maire de la ville de Bar-le-Duc, à poser au-dessus des voies publiques des fils aériens pour le transport de l'énergie électrique. Sur la réclamation du concessionnaire de l'éclairage au gaz, le Conseil d'Etat avait, le 26 novembre 1897, condamné la ville à payer à ce dernier une indemnité pour le préjudice qu'il avait éprouvé du fait de la concurrence du permissionnaire de voirie. Aussi, par arrêté du 30 décembre 1898, le maire crut-il pouvoir retirer l'autorisation précédemment accordée. Sur recours du sieur Goret, le retrait a été déclaré valable. — Mais il semble que le Conseil d'Etat ait entendu légitimer le retrait d'une permission de voirie qui constituait la violation de dispositions contractuelles, non comme la réparation d'une illégalité, non comme le retrait de droits irrégulièrement conférés, mais comme la conséquence directe de l'espèce de précarité qui est de l'essence même de ces permissions. Cette précarité ne serait plus ainsi restreinte à l'intérêt de la viabilité (entendu d'ailleurs d'une façon assez large), mais comprendrait encore le respect des contrats antérieurement conclus, quand la méconnaissance de leurs dispositions aurait été proclamée par l'autorité de justice. Cf., RIPERT, *loc. cit.*

(2) C. E., 12 novembre 1909, CHEVALLIER, p. 859, concl. de M. TEISSIER. Il s'agissait de savoir si la délivrance d'un alignement sur une ancienne voie privée, devenue voie publique, pouvait être soumise aux conditions d'un contrat passé antérieurement entre

Quoi qu'il en soit, nous estimons que la tendance consistant à socialiser, à objectiver, pour ainsi dire, les rapports juridiques existant entre l'administration et les particuliers, — toutes réserves étant faites en ce qui touche le respect des compétences, — est destinée à s'affirmer de plus en plus (1). Les situations individuelles prendraient ainsi une valeur en quelque sorte réglementaire, opposable à tous, et dès lors, il nous paraît intéressant de rechercher au point de vue théorique quels seraient les principes juridiques susceptibles de justifier les solutions proposées.

En droit civil, les contrats sont en principe *res inter alios acta*, et les actes qui y portent atteinte ne sauraient, par suite, être considérés comme entachés d'une illégalité, entraînant la nullité absolue des conventions nouvelles passées en violation des contrats déjà exis-

les riverains, et établissant une servitude de droit privé. Le Conseil l'a admis, mais peut-être aurait-on pu soutenir, pour arriver à la même solution, et contrairement à l'opinion de M. le Commissaire du Gouvernement, que ces servitudes avaient pris le caractère de servitudes de voirie, et que les clauses du contrat étaient devenues de véritables dispositions réglementaires, conditionnant la nouvelle voie publique et opposables à tous. Cf., 19 mars 1910, RAMBAUD, p. 277. *Adde*, 11 juin 1909, GUYOT DE VILLENEUVE, p. 573; 13 mai 1910, Sté de St-Lô, p. 388.

(1) On pourrait peut-être se demander si cette tendance ne se manifeste pas dans les termes mêmes des décisions de la jurisprudence qui relève la violation des droits acquis comme motif d'annulation, dans le cas de situations unilatérales, au lieu d'invoquer comme autrefois la violation de la règle de droit impersonnelle. Cf. *suprà*, p. 37, note 1.

tants. Cependant, toutes les fois que les droits conférés ont le caractère de droits *réels*, les pouvoirs de la personne qui s'est dépouillée apparaissent comme épuisés, en raison du caractère exclusif du droit de propriété. On ne peut transférer à un individu des droits qu'on ne possède plus, principe qui se traduit généralement par la maxime : *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*, et que consacre d'une façon expresse l'article 1599 du Code civil, à propos de la vente de la chose d'autrui. La jurisprudence a étendu ces règles à toutes les hypothèses dans lesquelles les contrats, s'ils n'ont pas pour objet le transfert de la propriété ou la transmission de véritables droits réels, du moins portent sur des droits présentant un certain caractère de réalité, comme le droit de chasse (1), ou bien encore contiennent l'engagement d'effectuer une prestation qu'un engagement antérieur sur la même prestation rendrait impossible, comme en matière de bail (2).

Dans tous ces cas, le second contrat est nul.

Mais quand il s'agit de droits personnels, de droits de créance, le pouvoir de conclure sur le même objet de nouveaux accords de volontés, d'assumer de nouvelles obligations, paraît bien inépuisable.

La preuve en serait donnée, s'il était nécessaire, par la règle posée par le Code civil qui établit le concours

(1) Cf., Douai, 1^{er} février 1898, S. 99.2.14; BAUDRY et WAHL, *Traité du louage*, tome I, p. 77, n° 137.

(2) Civ., art. 1743.

entre les créanciers d'une même personne. La seconde convention n'est pas juridiquement inconciliable avec la première ; sans doute, la nouvelle manifestation de volonté pourra donner lieu à des dommages-intérêts au profit du premier contractant, s'il en résulte pour lui un préjudice ; la violation des engagements pris antérieurement pourra même parfois être considérée comme un quasi-délit et les tiers pourront être déclarés complices (1) ; mais il semble difficile de soutenir que cette seconde convention est frappée de nullité.

On ne pourrait le faire qu'en prétendant : ou bien qu'en contractant une première fois, la personne qui a transféré les droits faisant l'objet de l'accord de volontés s'est dépouillée en même temps du pouvoir de faire de nouveaux contrats contraires au premier, qu'elle n'a plus qualité, qu'elle est incapable ; ou bien qu'un acte de concurrence illicite ne saurait donner naissance à des droits valables.

Ces deux arguments ne nous paraissent pas décisifs.

Le premier a le tort de laisser supposer qu'un individu pourrait valablement se dépouiller de sa faculté d'accomplir de nouveaux actes juridiques, de passer de nouvelles conventions, et se créer ainsi une sorte d'incapacité. Or, s'il est permis à une personne de limiter les droits qui figurent dans son patrimoine, il lui est,

(1) HUGUENY, *La responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse. Pour la jurisprudence, voir : *Revue trimest. de Droit civil*, 1912, p. 167 et 682.

par contre, juridiquement impossible de restreindre sa capacité par voie de conventions.

La seconde objection confond la source du contrat, qui est la volonté des parties, et son objet, qui est l'engagement pris, avec le résultat indirect qu'il pourra produire, la concurrence déloyale.

Or, pour apprécier la validité d'un accord, il faut considérer son objet et la volonté des parties, mais non ses conséquences éventuelles.

De tout ce qui précède, nous sommes obligés de conclure à la valeur relative des contrats quand ils portent sur des droits personnels et à l'impossibilité de les sanctionner par une voie de nullité.

Si l'on recherche ce que deviennent ces considérations théoriques, quand on les transporte dans le domaine du droit public, on constate tout d'abord que les cas dans lesquels il sera possible d'arguer d'illégalité les actes administratifs, sous prétexte qu'ils ont été accomplis en violation d'un contrat *réel*, seront assez peu nombreux.

Les situations où se rencontrent des droits de propriété véritables, appartiennent en effet presque toujours au droit privé, et même en admettant que certains contrats administratifs, comme les contrats de concession, que certains actes, comme les permissions de voirie, aboutissent, d'une manière plus ou moins directe, à constituer sur le domaine public des droits ayant à un degré quelconque une valeur réelle, il arrivera rare-

ment que la nouvelle déclaration de volonté de l'administration ait pour objet de conférer la totalité ou une partie de ces mêmes droits, portant sur le même objet précis. Il s'agira, dans la plupart des hypothèses, non pas de donner à des droits déjà créés un nouveau titulaire, mais d'en faire naître de nouveaux, susceptibles de porter atteinte aux premiers, — et ceci se comprend d'autant mieux que les autorités administratives agissent moins au nom d'une personne publique propriétaire, qu'en vertu d'une certaine compétence qu'elles ont reçue de la loi. Dès lors, une théorie qui ne ferait reposer l'illegalité d'un second état de droit que sur une idée de dessaisissement, comme conséquence de l'établissement de la première situation, serait manifestement insuffisante. Ce qu'il faut invoquer, c'est un principe susceptible de donner, non pas un caractère de réalité, mais une valeur *absolue* aux conventions passées par l'administration avec les particuliers.

Il y aurait peut-être lieu, croyons-nous, de faire appel à diverses considérations, la première se référant à une sorte d'auto-limitation de compétence de la part de l'administration, la seconde au caractère réglementaire des conventions passées par elle pour la gestion des services publics, la dernière à la valeur objective des droits acquis.

Tout d'abord, il est bien certain que, pas plus que les particuliers ne peuvent, comme nous venons de le voir, restreindre leur capacité, l'administration n'est

maîtresse d'aliéner les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi. Mais ne pourrait-elle pas, si la loi elle-même en prévoyait la possibilité, ou si cette faculté dérivait de la nature des choses, organiser un service une fois pour toutes, et limiter sa compétence par les règles particulières destinées à régir le service ainsi établi (1) ? Nous serions très portés à le croire, et dès lors, dans la

(1) Cf., C. E., 29 juin 1906, CARTERON, p. 589.

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a estimé qu'une convention passée entre un fonctionnaire et une commune pour une durée déterminée ne pouvait avoir pour effet de priver le maire du droit de révocation, qu'il tient de l'article 88 de la loi du 5 avril 1884, pour des motifs d'ordre général, et en dehors de toute inexécution de la part de l'intéressé. — Cette décision nous paraît parfaitement justifiée. Mais on ne saurait l'invoquer, croyons-nous, pour soutenir qu'il n'appartiendrait pas à une commune d'accorder à un concessionnaire une monopole comme celui de l'éclairage, sous prétexte qu'elle tiendrait de la loi une compétence illimitée pour passer de nouveaux contrats, ou que le maire disposerait toujours du pouvoir de délivrer des permissions de voirie concurrentes. En effet, reprenons l'espèce précitée : la loi confère au maire le droit précis de mettre fin à une situation, en vertu de certaines considérations étrangères à l'exécution d'un contrat ; il ne saurait valablement faire abandon de ce droit. Mais, à l'inverse, si la loi permet aux communes de concéder un service public, comme celui de l'éclairage et des transports, elle n'entend pas lui interdire la constitution d'un monopole, à moins de dispositions expresses (loi du 15 juin 1906, art. 8, pour les distributions d'énergie), surtout quand ce monopole est dans une certaine mesure imposé par la nature des choses. Dès lors, une commune peut valablement concéder certains droits à titre exclusif, et elle ne saurait, pour y porter atteinte, invoquer aucun texte de loi précis. — Elle peut donc, dans certaines hypothèses particulières, limiter elle-même sa compétence.

mesure où ces règles seraient conformes à la volonté du législateur, l'état de droit régulièrement créé s'imposerait à l'administration elle-même.

C'est ici qu'il est nécessaire de faire intervenir le caractère réglementaire des conditions du contrat. En se servant de la compétence qui lui est reconnue par la loi pour constituer une situation, l'administration exercerait une sorte de pouvoir législatif dérivé, subordonné à la loi, inférieur à elle en puissance et en étendue, mais participant néanmoins, comme les règlements (1), de son caractère absolu, de telle façon qu'en même temps que le contrat conférerait des droits au bénéficiaire, il poserait des règles qui s'imposeraient à tous, parties et intéressés, et auxquelles l'administration ne pourrait porter atteinte par de nouvelles manifestations de volonté. On ne saurait lui objecter la faculté qui lui appartient de modifier les règlements ; celle-ci n'existe qu'en vertu du caractère de généralité que possèdent ces mêmes règlements, et qui constitue la principale sauvegarde des particuliers (2). Mais dans notre conception, la valeur individuelle des contrats s'opposerait à leur modification, toutes les fois que l'administration n'aurait pas réservé son droit de réglementation sur un point particulier, ou quand, l'ayant réservé, elle en

(1) DUGUIT, *loc. cit.*, p. 206.

(2) Cf. *suprà*, p. 15.

ferait un usage abusif, susceptible de porter atteinte à l'objet principal du contrat (1).

Le point de vue réglementaire n'interviendrait donc que pour rendre les accords de volonté opposables à tous, et pour traduire le caractère public de la situation.

Enfin, on pourrait peut-être, au lieu de considérer l'illégalité comme la conséquence de la violation d'une règle contractuelle ayant une portée générale, envisager l'atteinte portée aux droits acquis des individus, droits qui auraient aussi une valeur absolue. Nous avons déjà montré que la jurisprudence paraissait indiquer ce point de vue dans les situations unilatérales (2). Nous pensons qu'il devrait en être ainsi dans les situations contractuelles, car l'une des idées dominantes du droit public et administratif est, selon nous, que tout acte accompli par l'administration, en dehors des actes de gestion privée, a un aspect absolu ou objectif qui, s'il n'apparaît pas toujours, est cependant de son essence même, et tient au caractère public des services administratifs, caractère qui doit s'imposer à tous les administrés. Cette théorie aboutirait ainsi, toutes les fois que la compétence particulière du juge du con-

(1) Cf. les concl. de M. TARDIEU, sous C. E., 6 décembre 1907, Cies de Ch. de fer, p. 915; et de M. BLUM, sous 11 mars 1910, Min. des Travaux publics contre Cie franç. de Tramw., p. 216.

(2) *Suprà*, p. 37, note 1, et p. 69, note 1.

trat n'y ferait pas obstacle, à faire respecter les droits acquis par la voie de l'annulation pour excès de pouvoir.

En résumé, pour reconnaître aux contrats passés par l'administration une valeur générale, susceptible d'être sanctionnée par l'illégalité, il faudrait admettre que les accords contractuels qui ont pour but la gestion d'un service public, auraient une valeur absolue, et que les droits qui en dérivent pour les contractants et aussi pour les tiers participeraient de ce caractère objectif.

II. — DES AUTORITÉS QUI ONT QUALITÉ

POUR METTRE FIN AUX SITUATIONS ILLÉGALES.

Après avoir précisé la notion d'illégalité, qui constitue le fondement essentiel de l'action administrative à l'encontre des situations irrégulièrement conférées, il nous faut maintenant rechercher par quelles autorités cette action peut être exercée. Il ne s'agit plus de déterminer dans quel cas les particuliers ne peuvent se prévaloir vis-à-vis de l'administration d'aucun droit valablement acquis, mais bien de délimiter les sphères d'activité respectives des diverses autorités administratives, quand il y a lieu de dépouiller un titulaire d'une situation qu'il détient sans droit. Ce n'est plus tant une question de garanties pour les individus qu'un problème de compétence.

Si notre conception de l'action administrative dans les situations illégales s'était traduite par le retrait des actes mêmes constitutifs de ces situations, nous serions conduits à admettre qu'il appartiendrait à toutes les autorités ayant participé à un degré quelconque à la création d'un état de droit illégal, de le détruire même dans le passé, en retirant la manifestation de volonté qui constituait un de ses éléments essentiels ou simplement une condition de sa validité.

Mais, comme on l'a vu plus haut, notre conception est toute différente ; pour nous, l'intervention de l'administration ne peut prendre d'autre forme que celle d'un retrait des droits conférés, au moyen d'un nouvel acte, qui, sans toucher à l'acte initial, devenu définitif à l'égard de l'administration, en paralyse les effets dans l'avenir, et qui aboutit en quelque sorte à une inexécution positive, ou, si l'on préfère, à un fait positif d'inexécution, c'est-à-dire en somme à une dépossession matérielle. Dès lors, il semble que nous ne pourrions reconnaître le droit d'intervenir par voie d'action directe dans l'existence des situations illégales qu'aux autorités qui auront été de véritables parties à l'accord de volontés, qui auront conservé sur l'état de droit une espèce de pouvoir de domination, susceptible de légitimer l'émission de nouveaux actes exécutoires, et que nous devons, au contraire, dénier ce droit aux autorités qui, n'ayant joué lors de la constitution de l'état de droit qu'un rôle secondaire, et n'ayant contribué à

sa formation que d'une façon accessoire, se trouveront par la suite dessaisies (1).

Il nous faut donc rechercher quelles sont les autorités dont les manifestations de volonté, en se produisant sous des aspects et sous des formes très diverses, ont eu, dans la création de la situation, une valeur essentielle et principale, et nous demander en outre si, à côté d'elles, il ne serait pas possible de faire une place à d'autres personnes administratives, qui auraient la faculté, elles aussi, d'intervenir et de retirer les droits conférés, soit en vertu de leurs pouvoirs hiérarchiques, soit en vertu de leurs pouvoirs de tutelle (2).

§ 1. — *Des pouvoirs des autorités qui ont participé à la création de l'état de droit illégal.*

La détermination de la valeur juridique qu'il convient d'attribuer à chacun des actes administratifs en

(1) Cf., *suprà*, p. 53.

(2) Nous laissons ainsi de côté l'action que prétendraient exercer certaines autorités supérieures, uniquement en vertu de leurs pouvoirs de police; dans ce cas, en effet, ces autorités se borneraient à constater l'existence des situations illégales et à ordonner leur suppression; elles agiraient comme si elles se trouvaient en face de situations reconnues aux particuliers par la loi à titre de droit individuel. Elles procéderaient par la voie de la contravention (cf. C. E., 28 juin 1895, HUBERT, p. 557), ou par celle de l'exécution d'office; elles n'auraient nullement à se préoccuper de l'origine de ces situations, créées en dehors d'elles, par une autre autorité administrative. Il n'existerait, dans cette hypothèse, aucun antagonisme résultant de la réunion dans une

vertu desquels une situation individuelle a pris naissance, est extrêmement difficile et délicate. En effet, cette valeur n'est pas toujours fonction du caractère apparent, extérieur, pour ainsi dire, de l'autorité agissante, et est susceptible de varier avec les situations considérées. On ne saurait, par suite, donner au problème une solution absolue. Tout ce que l'on peut faire, c'est d'essayer de dégager quelques traits généraux. Nous croyons qu'il y a lieu, à ce point de vue, d'étudier successivement les pouvoirs des autorités délibérantes, par opposition à ceux des autorités chargées de l'exécution ; et d'autre part, les pouvoirs des autorités subordonnées, par opposition à ceux des autorités de tutelle, à qui il incombe d'approuver ou d'autoriser la naissance d'une situation individuelle (1).

1° *Les pouvoirs respectifs des autorités délibérantes et des autorités d'exécution.* — Les délibérations d'un corps administratif paraissent bien être, d'une façon générale, l'expression de la volonté de la personne publique que ce corps représente. Par suite, s'il s'agit de créer une situation en vue d'organiser ou de gérer un service public, rentrant dans les attributions de cette personne morale, dans sa *spécialité*, la délibération doit

même personne des deux qualités d'autorité de police et d'autorité concédante ; par suite, l'action administrative s'exercerait suivant les règles habituelles, et ne présenterait aucune particularité susceptible d'être relevée dans cette étude.

(1) Cf. sur cette question : HAURIU, *loc. cit.*, p. 151 et 421, note 2 ; DUGUIT, *loc. cit.*, p. 231 et 240.

avoir la valeur d'une volonté essentielle et principale, symétrique à la volonté de l'individu, et constituant l'un des éléments fondamentaux constitutifs de l'état de droit.

Mais cette donnée théorique ne correspond pas pleinement à la réalité des faits, qui est plus complexe. Il faut, en effet, tenir compte de ce que l'autorité délibérante est obligée d'avoir recours à une autre volonté, pour faire sortir à sa volonté propre son plein et entier effet (1). Et alors deux combinaisons peuvent se présenter : ou bien l'autorité délibérante établit les règles qui régiront la situation et en désigne le titulaire, d'une façon nominale ou impersonnelle, mais néanmoins précise (2) ; ou bien elle se contente de déterminer les conditions de l'état de droit à instituer, de fixer, en quelque sorte *objectivement*, le statut de la situation (3). Dans le premier cas, les actes de l'autorité chargée d'exécuter la volonté de la personne morale, seront simplement des mesures de réalisation ; ils n'apparaîtront

(1) Cf., *contra*, DUGUIT, *loc. cit.* « La délibération d'un conseil administratif est une déclaration de volonté qui intervient le plus souvent comme condition de la validité d'un acte administratif juridique ; elle ne fait point naître la situation juridique subjective, mais elle est la condition pour que l'acte qui la fera naître soit valable ».

(2) C'est ce qui se produit dans les adjudications : la désignation faite par le bureau est purement automatique.

(3) Tel serait le cas d'une délibération d'un conseil municipal, constituant et réglementant un cadre de fonctionnaires municipaux.

pas comme ayant une valeur propre en dehors de cette volonté, qui s'imposera à l'agent d'exécution (1). Par suite, il semble qu'il ne devra pas appartenir à celui-ci de retirer les avantages indûment accordés, sauf toutefois si l'illégalité provenait de son fait et résultait de ce qu'il ne se serait pas conformé à la volonté exprimée dans la délibération. Dans ce cas, il aurait agi sans pouvoir, et pourrait réparer l'irrégularité commise. Mais en dehors de ce cas particulier, nous estimons que ce serait uniquement l'autorité délibérante qui aurait qualité pour revenir sur l'état de droit irrégulièrement créé par elle, et y mettre fin, au moyen d'une nouvelle délibération, qui s'imposerait également à l'autorité chargée de l'exécution.

Si nous envisageons maintenant l'hypothèse dans laquelle la délibération constitue seulement la charte du futur titulaire, et laisse à l'autorité agissante toute liberté pour choisir celui-ci (2), c'est en principe cette dernière autorité qui devra être considérée comme l'au-

(1) C. E.; 5 août 1904, QUESNEY et autres, p. 604; 8 avril 1911, comm. d'Ousse-Suzan, p. 468. « Il est manifeste, a dit M. le Commissaire du Gouvernement Pichat, que le maire est tenu de se conformer aux décisions prises par le Conseil municipal ». *Adde*, 8 décembre 1911, BELLE, p. 1148; le Conseil d'Etat a déclaré qu'un préfet avait excédé ses pouvoirs, en approuvant un bail passé par le maire d'une commune, à des conditions autres que celles fixées par le Conseil municipal, et sans que celui-ci ait été appelé à en connaître.

(2) Cf. HAURIQU, *loc. cit.*; p. 151, note 1: « Il est de la nature de l'organe exécutif de prendre des décisions individuelles. »

teur de l'acte juridique, en vertu duquel l'intéressé tient ses droits ; c'est sa volonté propre qui aura donné naissance à la situation subjective. Par suite, c'est à elle qu'incombera, s'il y a lieu, la mission de retirer l'état de droit illégal, et de prononcer la dépossession, à l'exclusion de l'autorité délibérante, qui n'aura joué aucun rôle précis dans la création de la situation individuelle.

En dehors de ces deux hypothèses opposées, auxquelles nous conduit une conception logique, peut-être un peu trop absolue, on peut rencontrer des états de droit intermédiaires, dans lesquels l'assemblée délibérante, quoiqu'elle n'agisse pas par voie réglementaire et n'établisse pas des règles de droit générales, ne confère pas cependant des droits individuels à des particuliers (1). Il y a alors un véritable partage de pouvoirs entre cette assemblée et l'autorité chargée de l'exécution, et si leurs deux volontés ne sont pas sur le même plan, elles n'en concourent pas moins d'une façon directe à la création de la situation individuelle. C'est qu'alors la délibération ne constitue pas un cadre général, mais fixe des conditions précises, applicables seulement à un cas particulier, que l'on a en vue (2). Dès lors, chacune des

(1) Tel serait le cas d'une délibération d'un Conseil municipal, fixant les conditions d'un bail et laissant au maire le soin de choisir librement le locataire.

(2) Il ne s'agit pas d'une autorisation qui, une fois donnée, dessaisirait l'autorité délibérante ; celle-ci conserve, au contraire, un certain droit de contrôle sur les droits qu'elle a fait naître. Il s'agirait plutôt d'une espèce de délégation particulière.

deux autorités sera compétente pour mettre fin à la situation, suivant les motifs d'illégalité invoqués, — l'autorité délibérante, s'il s'agit d'une illégalité affectant la situation telle qu'elle l'a instituée, indépendamment de la personne même du titulaire, — l'agent d'exécution, si l'illégalité résulte d'un acte accompli par lui en violation de la délibération, ou si elle tient à une incapacité particulière au bénéficiaire (1).

2° *Les pouvoirs respectifs des autorités inférieures et des autorités de tutelle.* — Les approbations et les autorisations données par une autorité de tutelle aux actes générateurs d'une situation individuelle, quels qu'ils soient, actes unilatéraux, contrats, délibérations, actes

(1) Il convient de remarquer que dans l'hypothèse où la délibération ne constitue qu'une règle de droit générale, les situations créées par l'agent d'exécution sont de véritables situations unilatérales, et les pouvoirs de l'assemblée délibérante de véritables pouvoirs réglementaires. Par suite, il appartiendrait toujours à celle-ci de modifier ou de supprimer les règles posées par elle, que ce soit pour des raisons d'opportunité ou pour des motifs de légalité. Le bénéficiaire ne saurait prétendre au maintien de la réglementation qui était en vigueur au moment où il a été investi. (Cf., C. E., 24 novembre 1911, CLERC, p. 1078; 8 mars 1912, PICQUENOT, p. 318.) Mais dans le cas où il s'agit d'un contrat particulier, dont les conditions précises sont déterminées par l'autorité délibérante, sans désignation de titulaire, il n'y a plus, à proprement parler, de réglementation ni de pouvoir réglementaire; l'administration ne fait plus cette espèce de réserve tacite, qui lui permet de toucher aux situations unilatérales par voie d'autorité. Il n'y a plus qu'un accord de volontés, auquel il ne lui est possible de se soustraire, qu'en se basant sur une illégalité, et en intervenant par voie d'action directe, dans les conditions qui sont indiquées au texte.

d'exécution, ont le plus souvent une valeur assez bien définie. Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu à ce point de vue de distinguer les approbations des autorisations (1). A notre avis, il s'agit toujours, dans les deux cas, d'une manifestation de volonté émanant de l'autorité supérieure, et constituant la condition de validité de l'acte administratif initial (2). Cette volonté, tout en concourant à la création de la situation et en se juxtaposant à la volonté de la personne concédante ou aux volontés des parties contractantes, n'a pas une valeur principale et essentielle dans la formation de l'état de droit. L'autorité de tutelle n'est pas partie à une espèce de contrat qui serait intervenu entre elle et les autorités soumises à son contrôle. Comme le dit M. Hauriou, l'approbation de l'autorité supérieure a la valeur d'un simple « je n'empêche », elle permet, elle laisse passer (3).

Cette conception étant admise, comment va s'opérer le retrait des droits, à la création desquels auront ainsi concouru plusieurs volontés ? Si elles étaient toutes sur le même plan, un accord entre ces volontés serait nécessaire pour supprimer la situation illégale, et dans le cas contraire, il n'appartiendrait qu'au juge de la faire tomber. Mais, dans notre hypothèse, il n'en est pas ainsi. Les volontés s'échelonnent suivant une espèce de gra-

(1) Mais il importe de distinguer les simples propositions des nominations et des approbations.

Cf. sur ce point : C. E., 1^{er} juillet 1910, VINCENT, p. 527 et la note ; 2 juin 1911, MAUGUIN, p. 664.

(2) DUGUIT, *loc. cit.*, p. 243 et 249.

(3) HAURIOU, *loc. cit.*, p. 421, note 1.

dation (1), quelquefois difficile à déterminer : la déclaration de volonté faite par la personne concédante, qui s'est manifestée à la naissance d'une situation unilatérale ou contractuelle, constitue l'un des éléments d'existence de cette situation ; la déclaration de volonté de l'autorité de tutelle n'en est qu'un élément de validité. Aussi le retrait des droits doit-il émaner de la personne administrative concédante, dont la volonté se traduira par une manifestation de volonté contraire à la première. Quant à l'approbation qui est intervenue, elle ne saurait, croyons-nous, avoir pour effet de priver l'autorité inférieure du droit de constater l'illégalité commise, et, par l'opération du retrait, de mettre fin à la situation. L'approbation a laissé s'instituer un état de droit, elle ne l'a pas imposé (2).

(1) Le Conseil a eu récemment à statuer au point de vue administratif sur une question de cette nature, où se rencontraient une série d'actes administratifs, dont il était particulièrement délicat d'apprécier la valeur juridique. — Un Conseil municipal prétendait revenir sur la délibération par laquelle il avait déclaré « adopter » certaines modifications aux statuts d'une caisse d'épargne, décidées par le Conseil des directeurs de ladite caisse, alors que l'approbation du chef de l'Etat n'était pas encore intervenue. Le Conseil d'Etat a estimé que le Conseil des directeurs ne s'était pas borné à faire une proposition, mais avait pris une véritable décision, tandis qu'au contraire la délibération du Conseil municipal ne constituait qu'une sorte d'approbation, et que, par suite, cette assemblée se trouvait dessaisie, après avoir fait connaître une première fois sa volonté. (Caisse d'Epargne de Gannat et de St-Pourçain, nos 163, 270 et 271).

(2) Cf., 12 novembre 1880, Fabr. de Ste-Lizaigne, p. 863; 18 novembre 1910, Hospice et ville de Cosne, p. 808.

L'approbation ne constitue qu'une autorisation, qui ne fait

On pourrait cependant se demander si le retrait est possible de la part de l'autorité concédante, quand les règles applicables à l'état de droit envisagé prévoient une nouvelle intervention de l'autorité de tutelle pour faire disparaître cette situation, par exemple pour inexécution. L'approbation serait alors envisagée moins comme une limitation aux pouvoirs de l'autorité concédante, que comme une garantie au profit du bénéficiaire. Nous avons montré précédemment (1), qu'il n'y a pas lieu, en cas de retrait, d'observer les formes prescrites par les règles de l'état de droit, sauf quand elles constituent une procédure absolument générale, intimement rattachée à toute espèce de suppression de la situation, en raison de la nature de cette situation elle-même ; mais que ces formes ne devaient pas être suivies quand leur emploi était lié à telle ou telle cause particulière de dépossession. Or, l'approbation par l'autorité supérieure n'a plus dans nos lois la valeur d'un principe général, et se présente comme l'exercice d'un pouvoir restreint à quelques hypothèses déterminées. Par suite, à aucun point de vue, l'approbation donnée à la concession irrégulière de certains droits individuels ne saurait faire obstacle au retrait de ceux-ci.

Si nous envisageons maintenant les pouvoirs de l'autorité de tutelle, il semble bien qu'il ne puisse lui

pas obstacle à ce qu'une commune revienne sur une première délibération.

(1) *Suprà*, p. 55.

appartenir de retirer les droits dont bénéficient les individus. Ce n'est pas d'elle qu'émane la volonté créatrice ; elle serait, par suite, sans compétence pour atteindre l'état de droit même illégal. La qualité de personne concédante ne lui appartient pas ; elle n'exerce aucune espèce de domination sur l'état de droit.

Nous avons déjà indiqué, quand nous avons exposé plus haut (1) notre conception du retrait, envisagé comme la suppression pour l'avenir des droits irrégulièrement conférés et non comme le retrait rétroactif de la déclaration de volonté initiale, que le Conseil d'Etat, statuant sur la légalité des actes administratifs par lesquels une autorité de tutelle prétendait revenir sur l'approbation qu'elle avait précédemment donnée à la constitution d'un état de droit individuel (2), considérait que l'acte administratif originaire était devenu définitif, en raison de son incorporation à l'accord des volontés, que la situation ainsi créée constituait un ensemble, un bloc, dont seul pouvait connaître le juge des rapports individuels (3) ; la Haute-Juridiction a même estimé pendant longtemps que la compétence de ce juge excluait celle du juge de l'excès de pouvoir, à

(1) Cf. *suprà*, p. 51 et ss.

(2) Quelquefois sous prétexte d'interpréter sa première déclaration de volonté, ce qui constitue un procédé qu'on ne saurait trop blâmer à tous les points de vue.

(3) Cf. C. E., 14 novembre 1879, DUMONT, p. 703 et la note ; 20 février 1880, Société de Marie, p. 34 ; 6 août 1897, Phosphates de Tébessa, p. 601.

qui elle déniait le droit de se prononcer directement sur la légalité de l'acte d'approbation envisagé en lui-même (1). Sans doute, cette dernière conception, trop absolue, a fait place à une doctrine plus souple et plus moderne ; la jurisprudence, depuis 1905, admet les recours formés par des tiers contre les actes administratifs qui ont concouru à la formation d'un contrat (2). Le point de vue général ou objectif apparaît ainsi comme indépendant du point de vue individuel. Il faut d'ailleurs bien remarquer que la convention subsiste, malgré l'annulation prononcée par le juge de l'excès de pouvoir, tant que le juge du contrat n'est pas saisi, et que celui-ci a seul compétence pour apprécier les conséquences de l'irrégularité des actes administratifs sur la situation individuelle.

Maïs, selon nous, cette évolution de jurisprudence ne saurait conduire à une nouvelle conception des pouvoirs qui appartiennent aux autorités de tutelle. Peu importe à ce point de vue la compétence reconnue au juge, juge des rapports individuels ou juge de l'annulation.

Les autorités qui auront émis un acte administratif lors de la création d'une situation n'en seront pas moins, à notre avis, sans qualité pour rapporter cet acte, qu'il

(1) C. E., 19 juillet 1878, MARRET, p. 702, avec les concl. de M. DAVID; 17 juin 1881, CORION, p. 623.

(2) C. E., 4 août 1905, MARTIN, p. 749, avec les concl. de M. ROMIEU. S. 06.3.49; 24 juin 1910, ville de La Bourboule, p. 501. Cf. sur ce point, DUGUIT, *loc. cit.*, p. 250.

soit légal ou non, parce qu'il est désormais hors de leur contrôle et qu'elles sont dessaisies ; il leur appartiendra seulement d'agir, au moyen d'un nouvel acte sur l'état de droit irrégulier, si elles ont joué le rôle de partie principale dans l'accord des volontés, ce qui n'est pas le cas des autorités de tutelle (1).

Il convient cependant de noter que le Conseil d'Etat, par une décision récente, déjà mentionnée (2), a reconnu au contraire à un préfet le pouvoir de limiter, par voie d'interprétation, à une période de dix-huit années, les effets d'une approbation précédemment donnée à un bail, pour une durée supérieure, sans l'intervention du Conseil de Préfecture. Il a ainsi paru appliquer aux actes accomplis par les autorités de tutelle la théorie du retrait pour illégalité, et admettre que cette procédure portait sur l'acte initial et non pas sur les droits qui en sont la conséquence.

Nous sommes obligé, conformément aux principes que nous avons posés au début de cette étude (3), de considérer cette manière de voir comme inexacte. Nous ne saurions concevoir l'action administrative à l'encontre des situations illégalement conférées que comme

(1) Ces considérations nous auraient conduit dans l'affaire des Tramways de Bucarest, de même que les auteurs déjà cités, à dénier tout pouvoir au Gouvernement (et au législateur) pour mettre fin à la concession, même illégale, de la Compagnie de Tramways.

(2) 16 février 1912, BLANC, p. 223. Cf. *suprà*, p. 52.

(3) Cf. *suprà*, p. 52, note 1.

une nouvelle intervention à titre principal de l'autorité dominante, par le procédé de l'émission d'un second acte exécutoire, prononçant la révocation des avantages concédés ; dès lors, l'autorité de tutelle serait, selon nous, incompétente, pour effectuer un semblable retrait.

Mais ne pourrait-on pas, néanmoins, sans reconnaître à cette seconde déclaration de volonté le sens et la portée d'un retrait des droits irrégulièrement créés, lui attribuer pourtant une certaine signification juridique ? Nous serions assez disposé à lui donner la valeur d'une *prétention*, susceptible de constituer une mise en demeure de délaisser, si l'autorité de tutelle était en même temps investie de pouvoirs de police suffisamment étendus pour lui permettre, d'une manière générale, de mettre fin à toute espèce de situation illégale (1). Le prétendu retrait de l'approbation précédemment donnée apparaîtrait alors comme un moyen de pression destiné à agir moins sur l'individu bénéficiaire que sur la personne morale publique, qui se serait engagée vis-à-vis de lui, et qui serait ainsi invitée à supprimer elle-même l'état de droit (2), puisque c'est elle seule qui aurait qualité pour le faire. Et en cas de résistance de la part de cette personne publique, l'autorité supérieure pourrait faire procéder à une exécution d'office. Mais alors

(1) Le second acte de l'autorité de tutelle pourrait encore avoir une signification plus précise et plus effective, si cette autorité disposait de pouvoirs particuliers d'annulation. Cf. *infra*, p. 95.

(2) Cf., C. E., 16 février 1912, BLANC, p. 223.

toute cette procédure rentrerait dans l'hypothèse de l'action directe exercée par un pouvoir de police pour faire respecter la légalité, hypothèse que nous avons déjà écartée, comme ne soulevant aucun des problèmes envisagés dans ce travail (1).

§ 2. — *Des pouvoirs des autorités qui sont restées étrangères à la création de l'état de droit illégal.*

Des observations qui précèdent, il semble que l'on puisse conclure que seule aura qualité pour mettre fin à la situation illégale, l'autorité administrative dont la manifestation de volonté primitive aura constitué l'un des éléments essentiels de formation de cette situation. C'est par application de cette idée que nous avons estimé que l'autorité de tutelle qui avait donné son approbation lors de la création de la situation, se trouvait ensuite dessaisie, et que seule l'autorité administrative concédante, partie véritable à l'accord de volontés, avait conservé sur les droits concédés un certain contrôle, et pouvait, par un nouvel acte, paralyser les effets du premier.

Nous croyons cependant qu'il y a lieu de se demander si dans certains cas particuliers, il ne pourrait appartenir à une autorité administrative d'intervenir dans l'existence d'un état de droit qu'elle n'aurait pas créé, à la constitution duquel elle n'aurait pas même

(1) Cf. *suprà*, p. 79, note 2.

participé d'une façon accessoire ou indirecte, — et cela au même titre que la personne concédante elle-même, par une procédure de retrait véritable, en dehors d'un pouvoir de police général. Nous entendons examiner à ce point de vue, d'une part, les pouvoirs généraux qui appartiennent au supérieur hiérarchique ; d'autre part, les pouvoirs particuliers dont sont investies certaines autorités administratives supérieures, en vertu de dispositions formelles de la loi.

1° *Des pouvoirs du supérieur hiérarchique.* — On serait tenté au premier abord de reconnaître en principe au supérieur hiérarchique la faculté de mettre fin à une situation irrégulièrement créée par une autorité subordonnée. D'une part, celle-ci ne paraît pas avoir le droit exclusif de priver le bénéficiaire des avantages dont il jouit indûment, et sa compétence ne semble pas faire obstacle aux pouvoirs de l'autorité supérieure ; d'autre part, la situation étant par hypothèse illégale, l'individu qui en est titulaire ne pourrait faire état des prétendus droits qu'il aurait acquis, pour s'opposer à cette intervention.

Nous croyons cependant qu'une semblable théorie serait inexacte, car elle méconnaîtrait la nature véritable des pouvoirs qui appartiennent à l'autorité hiérarchique, et ne serait pas en harmonie avec la conception du retrait des droits irrégulièrement conférés que nous avons précédemment développée.

Si l'autorité supérieure peut, en effet, en vertu de

ses pouvoirs hiérarchiques, annuler les actes d'une autorité inférieure (1), pour un motif quelconque, pour des raisons de simple opportunité et, *a fortiori*, pour faire observer la loi, elle ne saurait se substituer à elle et à agir à sa place (2). Elle doit respecter « la répartition des compétences établie par la loi (3) ».

Dès lors, l'autorité hiérarchique n'aurait aucune qualité pour dépouiller le titulaire d'une situation par la procédure du retrait, c'est-à-dire par le moyen d'une déclaration de volonté prononçant la révocation des

(1) À condition, bien entendu, que le caractère de supérieur hiérarchique ne soit pas contesté. Cf. sur ce point les articles 92 et 95 de la loi du 5 avril 1884; et C. E., 1^{er} juillet 1910, VINCENT, p. 517; 2 juin 1911, MAUGUIN, p. 664; 7 août 1911, ville de Toulouse, p. 969; 24 novembre 1911, comm. de St-Blancard, p. 1089.

(2) Cf. C. E., 9 août 1855, comm. de Neuville, p. 597; 10 décembre 1880, POIREL, p. 980. Dans cette espèce, le retrait avait été effectué par le préfet sur les instructions du Ministre de l'Intérieur; *adde*, 14 juin 1912, WULLIET, p. 659. Il y a lieu, toutefois, de faire observer que dans certaines hypothèses particulières, la loi prévoit cette substitution, soit qu'elle donne à l'autorité supérieure le droit d'accomplir un acte, lorsque l'autorité subordonnée s'y refuse (cf., par exemple, l'article 98 de la loi du 5 avril 1884, sur la délivrance des permissions de voirie); soit qu'elle confère à l'autorité de tutelle un pouvoir absolu, exclusif de la compétence de toute autre autorité (par exemple, en matière de révocation des gardes-champêtres, art. 102 de la loi du 5 avril 1884). Nous ne verrions pour notre part aucune difficulté à admettre, dans ces cas exceptionnels, la possibilité pour l'autorité supérieure d'accomplir l'acte prévu par la loi, pour faire état de l'illégalité d'une situation et en dépouiller le bénéficiaire.

(3) LAFERRIÈRE, *loc. cit.*; tome II, p. 511.

avantages concédés ; ce pouvoir, en effet, n'appartient qu'à l'autorité qui a été partie principale à l'accord des volontés. D'autre part, l'autorité hiérarchique, qui n'a pas le pouvoir de retrait, n'a pas non plus le pouvoir d'annulation. Si nous nous plaçons, en effet, à ce second point de vue, l'acte primitif de l'autorité inférieure est devenu définitif dès qu'il a touché l'individu, et ne saurait, à notre avis, être annulé par le supérieur hiérarchique, pas plus qu'il ne peut être rapporté par son auteur (1). Les pouvoirs de l'autorité supérieure sont, à l'égard de l'individu, de la même qualité juridique que ceux de l'autorité subordonnée, et par suite, ils ne peuvent l'autoriser à prononcer l'annulation de décisions administratives individuelles, que seul le juge peut mettre à néant. Nous sommes donc amenés à considérer l'intervention du supérieur hiérarchique comme impossible à aucun titre.

2° *Des pouvoirs des autorités administratives investies d'un droit d'annulation particulier* (lois des 10 août 1871, art. 47 ; 5 avril 1884, art. 63 et 65). — Dans ces hypothèses, les pouvoirs des autorités supérieures ne peuvent s'exercer que pour violation de la loi ou d'un règlement d'administration publique. On peut, par suite, se demander si la limitation ainsi apportée aux motifs d'intervention n'aurait pas pour contre-partie une force juridique plus considérable à l'égard des individus, si

(1) Sauf si l'intéressé y consent, explicitement ou non. Cf. *suprà*, p. 50.

l'on est toujours en présence de pouvoirs hiérarchiques d'ordre administratif, mais restreints à l'intérêt particulier de la légalité, ou bien plutôt de véritables pouvoirs d'ordre juridictionnel. Les autorités supérieures n'ayant pas de pouvoirs de retrait, ainsi que nous venons de le montrer, il s'agit dans notre hypothèse, des pouvoirs d'annulation.

Le problème qui se pose est donc de savoir si l'annulation que la loi donne à ces autorités le pouvoir de prononcer, a le caractère d'une simple annulation administrative, ou bien d'une véritable annulation juridictionnelle. La conséquence importante qui découlerait immédiatement de cette dernière conception des pouvoirs de l'autorité supérieure envisagée comme juge de la validité des délibérations qui lui sont soumises, serait que les actes des autorités inférieures pourraient être atteints même dans le passé, et que, par suite, les états de droit individuels seraient susceptibles d'en être modifiées rétroactivement. Cette conception nous paraît correspondre dans une certaine mesure à la réalité des faits. Sans doute, dans l'hypothèse de l'art. 63 de la loi du 5 avril 1884, le préfet peut se saisir d'office de la question de la légalité des délibérations du Conseil municipal, ce qui semble excéder les pouvoirs du juge, qui ne saurait statuer que sur les affaires qui lui sont soumises. Mais nous ne croyons pas que cette constatation puisse suffire à infirmer la théorie proposée. Nous pensons, au contraire, en trouver la confirmation dans ce fait que le Conseil d'Etat a refusé au Ministre la

qualité de supérieur hiérarchique du préfet; quand celui-ci prononce l'annulation d'une délibération nulle de droit, ce qui semble bien indiquer qu'il ne s'agit pas de pouvoirs de nature administrative, mais bien, comme nous le croyons, de véritables pouvoirs d'ordre juridictionnel (1).

Il faut d'ailleurs remarquer que ces pouvoirs d'annulation reconnus à certaines autorités administratives ne sauraient avoir plus de force que ceux dont dispose le juge de l'excès de pouvoir. C'est ainsi que si l'annulation des actes générateurs d'une situation unilatérale doit *ipso facto*, entraîner la disparition de celle-ci, il en serait différemment s'il agissait d'un état de droit contractuel. L'annulation prononcée par le préfet, ou par le Conseil d'Etat (2) n'aurait aucun effet sur le contrat lui-même et l'accord des volontés n'en subsisterait pas moins, tant que le juge du contrat n'aurait pas été saisi.

III. — DU DÉLAI PENDANT LEQUEL LE RETRAIT PEUT ÊTRE EFFECTUÉ.

Dans les développements que nous avons consacrés

(1) C. E., 21 novembre 1890, comm. de FAGNIÈRES, p. 846.

Cf. cependant, en sens contraire, 5 juillet 1901, BURELLE, p. 605.

Dans cette dernière décision, le pouvoir hiérarchique du ministre a été reconnu par application de l'art. 6 du décret du 25 mars 1852.

(2) Cf., 9 mai 1890, comm. de ST-LEU-TAVERNY, p. 458; 1^{er} mai 1891, BERNARD, p. 332. Rapp. la jurisprudence déjà mentionnée en matière d'excès de pouvoir (*suprà*, p. 89).

à l'exposé général de notre conception du retrait des états de droit irréguliers, nous n'avons pas eu à examiner la question du délai pendant lequel l'action administrative pouvait être exercée. Il semble donc que cette procédure soit susceptible d'être employée à toute époque, et cette solution est, en effet, en parfaite conformité avec les principes que nous avons posés au début de ce travail. Nous avons montré que le retrait ne pouvait consister que dans un nouvel acte de l'administration, qui apparaissait comme la conséquence directe de l'illégalité affectant la situation considérée. Or, cette illégalité a le caractère d'une nullité absolue et n'est pas susceptible de se couvrir (1) ; elle doit, par suite, pouvoir être relevée tant que durera la situation elle-même.

Les conséquences de cette théorie ne sont d'ailleurs pas aussi graves qu'on serait tenté de le supposer au premier abord. Le retrait ne produit, en effet, de conséquences que pour l'avenir ; il laisse subsister dans le passé l'état de droit, bien qu'illégal, et, comme nous le verrons plus loin, le titulaire pourra avoir droit non seulement à la juste rémunération des prestations effectuées par lui, mais encore à des dommages-intérêts. L'action administrative se trouve ainsi limitée juridi-

(1) Cf., *suprà*, p. 23 et 24.

Nous avons déjà indiqué que le délai imparti pour former un recours pour excès de pouvoir avait le caractère d'un délai préfix, d'une forclusion et non d'une prescription.

quement aux nécessités sociales, qui exigent la suppression de tout état de droit contraire aux règles établies (1). De plus, l'intéressé a toujours la possibilité de saisir un juge, et d'obtenir sa remise en possession, ainsi qu'une indemnité, si le retrait a été effectué à tort.

C'est seulement à l'égard des situations unilatérales que l'absence de tout délai pourrait paraître donner à l'action administrative un caractère exorbitant. La seule voie de nullité qui existe à l'encontre de ces situations est, en effet, le recours pour excès de pouvoir, qui doit être formé dans les deux mois qui suivent l'émission publique et officielle de la volonté créatrice de l'état de droit. Or, passé ce délai, l'individu peut croire sa situation intangible (2). N'y aurait-il pas lieu, dès lors, de donner à cette apparence légitime, une certaine valeur juridique, et d'enfermer l'action de l'administration dans le délai ainsi défini ? Nous ne le croyons pas. La notion d'apparence est ici hors de cause. On pourrait l'invoquer si le retrait avait la valeur d'une annulation rétroactive de décisions définitives, mais on sait que notre conception du retrait repose sur des idées toutes différentes. Pour nous, le retrait est une procédure analogue aux procédures prévues par les règles de la situation,

(1) Il est intéressant d'ailleurs, de remarquer que l'annulation prononcée par le juge, qui, théoriquement, doit avoir un effet pleinement rétroactif, n'a très souvent que des conséquences partielles, en raison de l'obligation qui s'impose au juge de tenir compte de la réalité des faits. Cf. ALCINDOR, *loc. cit.*, p. 111 et ss.

(2) Cf., *suprà*, p. 44.

pour le cas d'inexécution par exemple (1) ; dès lors, aucune limitation dans le temps ne saurait être apportée à l'action de l'administration, qui peut à toute époque et tant que dure la situation elle-même, s'emparer d'un fait d'inexécution pour prononcer la révocation des avantages concédés. Mais laissons là ces raisons un peu trop théoriques.

Une considération de fait nous paraît dominer la question et avoir, avant tout, une portée décisive : c'est que restreindre l'action administrative exercée pour illégalité à l'encontre des situations unilatérales dans des limites aussi réduites que le délai de deux mois, ce serait donner à ces situations une fixité et une stabilité bien plus considérables que celles qui sont attachées aux situations contractuelles et créer au profit des titulaires un privilège que rien ne justifie.

Sans doute, nous reconnaissons avec M. Duguit que « la volonté unilatérale peut créer une situation de droit aussi énergique et produisant les mêmes conséquences que celle résultant d'un contrat » (2). Mais il ne faudrait pas, à notre avis, aller au delà et exagérer encore cette tendance, qui se manifeste surtout à l'égard des fonctions publiques, en consacrant au profit des individus de nouvelles garanties qui ne sont pas inscrites dans la loi. Que ceux-ci soient protégés par les dispositions minutieusement établies d'un statut particulier,

(1) Cf. *suprà*, p. 54.

(2) Cf. DUGUIT, *loc. cit.*, p. 241.

rien de mieux. Mais s'ils ne remplissaient pas les conditions requises, s'ils occupaient sans droit une situation, ils ne sauraient, selon nous, opposer à l'administration une espèce de prescription acquisitive, qui ne se conçoit pas en matière de services publics. Sans doute, l'arbitraire est chose intolérable, mais nous estimons qu'il y a quelque chose de plus dangereux encore pour l'intérêt public et pour l'existence même de l'Etat, c'est l'impuissance des gouvernants vis-à-vis de ceux qui participent illégalement à la gestion des services administratifs.

CHAPITRE CINQUIEME

Les conséquences du retrait des droits irrégulièrement conférés.

PRINCIPES DU RÈGLEMENT PÉCUNIAIRE.

L'administration ayant valablement supprimé une situation illégale, des questions d'ordre pécuniaire resteront le plus souvent à régler entre elle et l'ancien titulaire. Les avantages primitivement concédés ne constituaient pas, en effet, un pur bénéfice pour celui-ci, et ils avaient nécessairement pour contre-partie certaines prestations. Or, ces prestations ont pu avoir été fournies, au moins partiellement ; il importe donc de rechercher si l'intéressé a reçu un équivalent et, dans le cas contraire, de le lui procurer. D'autre part, il aura pu exposer certains frais pour occuper la situation dont il se voit dépouillé ; dès lors, il y aura lieu également de se demander si l'administration ne devrait pas l'indemniser de ses dépenses et même si elle ne devrait pas lui tenir compte des gains qu'il était légitimement

en droit d'espérer. De tout ce qui précède, il résulte que les réclamations de l'ancien titulaire pourront être fondées sur deux principes : ou bien sur ce qu'il aura effectué des prestations, ce que nous appellerons la notion de *service fait* ; ou bien sur ce que l'administration, en mettant fin à la situation qu'elle avait concédée, et cela en dehors des cas prévus par les clauses du contrat, lui aura par sa faute causé un préjudice, dont elle lui devra réparation : c'est la théorie des *dommages-intérêts*.

§ 1. — *La notion de service fait.*

La notion de service fait apparaît au point de vue théorique extrêmement simple : une prestation a été effectuée, un travail a été fourni ; une juste rémunération est due, et le montant de cette rémunération semble devoir être donné par les règles qui régissaient la situation supprimée. Nous avons exposé, en effet, que pour nous le retrait était un acte unilatéral de dépossession, sans aucune portée rétroactive, et opérant uniquement pour l'avenir. Par suite, le titre initial subsiste toujours, bien qu'illégal, et c'est sa valeur apparente qui servira de base juridique aux prétentions du bénéficiaire. Si, au contraire, le titre avait été annulé par le juge, le fondement de la rémunération devrait être cherché dans la gestion d'affaires ou dans l'enrichissement sans cause. Toutefois, il faut noter que dans ce

cas, le titre servirait encore de base d'évaluation (1), non pas en tant que titre, mais en tant qu'élément de fait, et qu'ainsi on aboutirait le plus souvent aux mêmes résultats pécuniaires pour l'intéressé. Si donc, en théorie pure, il convient d'analyser différemment les deux hypothèses du retrait et de l'annulation en ce qui touche le principe même des allocations pécuniaires, en fait l'identité des conséquences pratiques rend cette distinction superflue. Et cela se conçoit très bien si l'on se rappelle que c'est seulement la nature des pouvoirs qui appartiennent à l'administration qui fait obstacle à ce qu'on reconnaisse au retrait un caractère rétroactif, et nullement le fond même du droit de l'intéressé, qui reste bien évidemment identique dans les deux cas. Ce caractère d'identité de droit se traduisant par l'équivalence de la réparation apparaît dans la mission même du juge chargé d'arbitrer la rémunération due au titulaire d'une situation illégale dépossédé par la voie administrative. S'il n'appartient pas, en effet, à ce juge de prononcer l'annulation rétroactive de la situation (et d'ailleurs cette annulation excéderait souvent sa compétence), il lui faut du moins, pour déterminer le quantum de la somme à allouer, rechercher si le retrait était régulier, et par suite, apprécier la validité des actes juridiques générateurs de la situation, puisque la légalité du retrait est en raison inverse de la légalité de

(1) Cf. la théorie des sociétés de fait.

ces actes. Ainsi donc, si le juge *n'annule pas*, ou s'il ne *déclare pas la nullité*, il la *constate*, pour en tirer toutes conséquences utiles quant à la fixation de l'indemnité. L'identité des conséquences pécuniaires dans les deux hypothèses en découle de façon évidente.

Cette observation va nous permettre d'appliquer légitimement et sans arbitraire à la question du retrait, les solutions consacrées par la jurisprudence du Conseil d'Etat dans le cas d'annulation.

Si le titulaire a touché un traitement, a reçu des acomptes, perçu des taxes, il l'a fait en raison de la situation qu'il occupait et qui a été la cause d'un certain nombre d'opérations administratives et budgétaires parfaitement valables ; les ordonnancements et les mandements ont eu lieu régulièrement ; les contre-prestations pécuniaires ont été effectuées en quelque sorte automatiquement, sans qu'il ait été possible de discuter à cette occasion la légalité de la situation individuelle. Elles doivent donc être retenues par le bénéficiaire.

Si, d'autre part, le titulaire de la situation n'a reçu aucune rémunération, ou n'a reçu qu'une partie de la rémunération prévue, au moment où le retrait a été opéré, il lui appartient de réclamer le versement des sommes correspondant aux services qu'il a accomplis, et auxquelles son titre apparent lui donnait droit. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a admis que malgré les illégalités commises lors de la création d'une situation, le titulaire d'une fonction publique devait recevoir le trai-

tement afférent à sa fonction (1), qu'il pouvait prétendre à la pension correspondante (2), et d'une façon générale, à tous les avantages corrélatifs à la situation elle-même; que l'entrepreneur de travaux publics avait droit aux prix prévus par son marché (3), le concessionnaire aux taxes fixées par le cahier des charges.

Toutefois, ces solutions, conformes aux principes rigoureux de la théorie juridique, sont trop absolues pour pouvoir être appliquées dans tous les cas; il sera parfois nécessaire de faire intervenir en outre d'autres considérations tirées des éléments de fait de la situation. Il se peut, en effet, qu'aux prestations successives accomplies par le titulaire, n'aient pas correspondu des contre-prestations successives et équivalentes de la part de l'administration. La rémunération prévue peut ne pas correspondre au travail réellement fourni, et manquer de proportion en plus ou en moins. Il y aura donc lieu de prendre en considération les services réellement

(1) C. E., 20 février 1885, GROSEILLER, p. 229.

(2) C. E., 2 avril 1898, Dame LEJEUNE, p. 302; 30 octobre 1912, RUFFIER. Cf. sur ce point, HAURIOU, *loc. cit.*, p. 647.

(3) C. E., 25 mai 1906, Fabr. de St-Michel-Mt-Mercure, p. 469.

« Considérant, porte la décision, que les travaux ont été exécutés d'après les ordres de l'architecte, agissant au nom de la fabrique, et que cet établissement a retiré un profit réel de leur exécution; que, dans ces circonstances, la fabrique n'est pas fondée à opposer à l'entrepreneur le défaut d'autorisation régulière, pour refuser le paiement de ces travaux », *Adde*: 15 février 1907, ville de Grenoble, p. 165; 6 décembre 1907, fabr. de Bastelica, p. 912. Cf., 13 décembre 1907, comm. de Villers-sur-Mer, p. 938.

effectués, pour corriger les résultats trop absolus fournis par l'application du titre (1).

Quand ce titre est annulé, nous avons vu que le principe même de la rémunération est l'enrichissement sans cause ou la gestion d'affaires ; par suite, il n'y a aucune difficulté à écarter dans certains cas, la valeur apparente du titre qui n'intervient que comme élément d'appréciation, et à tenir un compte exact des faits eux-mêmes. Mais dans l'hypothèse du retrait, il faut faire appel à une autre idée, car les notions de gestion d'affaires ou d'enrichissement sans cause ne sauraient trouver leur emploi quand il existe un lien de droit d'ordre contractuel entre les parties. C'est la théorie des dommages-intérêts qui doit justifier ici les résultats dérivant de l'équité ; en effet, si la rémunération prévue par le titre est trop forte ou trop faible, en raison de ce fait qu'elle avait été calculée sur un ensemble et non pas sur des prestations fragmentaires, le préjudice qui en est la conséquence a sa cause dans l'inexécution du titre, c'est-à-dire dans l'illégalité originaire commise par l'administration, puisque c'est cette illégalité qui légitime l'inexécution. Il convient donc de rechercher si l'irrégularité dont l'administration est l'auteur a pour effet de mettre celle-ci en faute et de la rendre responsable. C'est une question sur laquelle nous allons revenir dans un instant.

(1) Cf., C. E., 12 janvier 1906, comm. de CAUDRY, p. 22 ; 4 mars 1910, THÉRON, p. 193 ; 25 novembre 1910, ville de Bourges, p. 846.

Mais il est nécessaire de remarquer dès à présent que si le titulaire pourra agir contre l'administration quand il aura reçu une rémunération trop faible, il sera la plupart du temps à l'abri de toute revendication de sa part, si elle a versé une rémunération trop élevée. Et cela tient à une double raison : la première, c'est que l'administration n'a pas qualité pour invoquer un dommage qu'elle éprouve de son fait, puisque c'est elle qui est l'auteur de l'inexécution et l'auteur responsable comme nous allons le voir ; la seconde, c'est que la rémunération aura le plus souvent le caractère de fruits, et sera définitivement acquise à ce titre à condition qu'elle ait été perçue au jour le jour et consommée de bonne foi ; dans ce cas, le caractère de fruits fait obstacle à une restitution (1).

§ 2. — *La théorie des dommages-intérêts.*

Il nous faut donc examiner maintenant le cas où le titulaire de la situation, ayant effectué une prestation, réclame un équivalent supérieur à celui qui lui serait

(1) On comprend que dans le cas d'annulation rétroactive, le Conseil fasse appel à la théorie de l'enrichissement sans cause, en disant que « la rémunération n'a pas été de nature à accroître le patrimoine du détenteur de la situation » ; mais dans l'hypothèse du retrait, cette notion est théoriquement inexacte, les sommes perçues ne peuvent être répétées, parce qu'elles ont été consommées et que l'administration est en faute.

Cf. C. E., 1^{er} juillet 1904, NIVAGGIONI, p. 536 ; 8 mai 1908, BONNET, p. 471, Civ., art. 549,

donné par la simple application de son titre, ou bien le cas où, n'ayant fourni aucun travail, il réclame une indemnité : dans toutes ces hypothèses, il s'agit de faire application de la théorie des dommages-intérêts.

Nous nous trouvons, dès lors, conduits à rechercher si l'administration qui met fin à une situation illégalement conférée, doit être considérée comme responsable d'une faute, et tenue de réparer le préjudice causé.

Nous écartons immédiatement les cas particuliers dans lesquels il y aurait eu mauvaise foi de la part de l'autorité administrative (il s'agirait alors d'une faute personnelle au fonctionnaire, créateur de la situation) ; ou faute lourde (dans ce cas, la responsabilité ne saurait faire de doute et l'indemnité comprendrait à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*) ; ou faute imputable au titulaire de la situation (dans ce cas l'administration pourrait n'être tenue d'aucune indemnité).

Nous nous proposons donc seulement de déterminer la responsabilité de l'administration, quand par le jeu de sa libre initiative, dans l'exercice normal de son activité, elle a, pour assurer la gestion des services publics, conféré des droits en violation de la loi.

1° *La notion de la responsabilité précontractuelle.* — On sait que depuis un certain nombre d'années, la jurisprudence du Conseil d'Etat a consacré le principe de la responsabilité de la puissance publique (1), et lui a

(1) Cf. l'ouvrage fondamental de M. TEISSIER, *De la responsabilité de la puissance publique*.

même reconnu un champ d'application extrêmement vaste. Dans l'hypothèse que nous envisageons, cette responsabilité ne saurait, à notre avis, faire de doute. Si nous nous trouvions en présence d'une situation annulée ou déclarée nulle par le juge, le préjudice résulterait bien de l'annulation, mais l'imputabilité remonterait à l'illégalité originaire, c'est-à-dire à l'acte initial de l'administration. Or, une difficulté semblable s'est déjà rencontrée en droit civil, à propos des dommages-intérêts pour nullité des contrats, et elle a été résolue par la théorie de la responsabilité précontractuelle.

Cette théorie, à laquelle le droit civil a donné une portée considérable, en appliquant à tous les contrats la solution consacrée par le Code pour le cas particulier de vente de la chose d'autrui, peut se résumer ainsi (1) : Quand un contrat est nul, sans qu'aucun de ses auteurs ait connu cette nullité et ait été de mauvaise foi, la responsabilité pour préjudice résultant de cette nullité ne saurait dériver ni d'un quasi-délit, que nous écartons par hypothèse, ni du contrat lui-même, qui, étant nul, ne saurait produire aucun effet. Mais l'individu qui a pris l'initiative de l'opération juridique a engagé par ce fait même sa responsabilité, il s'est porté implicitement garant du caractère régulier et licite de cette opération ; un accord préalable et implicite est intervenu à ce sujet entre les parties ; dès lors, c'est celle

(1) Civ. 1599. Cf. Cass., 8 mai 1872, D. 73.1.480.

qui a pris l'initiative de l'opération qui sera passible par la suite d'une indemnité si une cause de nullité, existant à l'origine et qu'elle *devait connaître*, empêche l'accord de volontés de produire ses effets. Cette notion de responsabilité acquiert une force encore plus grande si on la transporte dans le droit administratif par le fait même que l'administration se trouve être un des contractants. Sa capacité dépasse, en effet, celle d'un simple particulier, et si elle joue le rôle de personne concédante, elle est aussi, en tant qu'autorité de police, gardienne de la légalité. Par suite, sa responsabilité doit croître avec son pouvoir, par application de cette idée très moderne, que le fait de jouir de moyens d'action plus puissants que ceux dont dispose la majorité des individus, accroît le risque social et légitime une aggravation de responsabilité. Aussi, l'administration doit-elle être garante des situations qu'elle confère aux particuliers, et ceux-ci sont d'autant plus fondés à croire à la régularité de leur titre qu'ils n'ont pas été en mesure d'en suspecter la légalité (1). Dans notre hypothèse du retrait, l'acte primitif, il est vrai, n'a pas été annulé, mais la nullité a été constatée et implicitement prononcée. Par suite, la responsabilité de l'administration semble devoir être la même, puisque la faute ne réside pas dans l'inexécution, mais dans l'illégalité qui motive cette inexécution. Ou bien, si l'on admet que le retrait est

(1) Cf. sur cette question, C. E., 4 mars 1910, THÉRON, p. 193, avec les concl. de M. PICHAT.

une faute, c'est une faute que l'administration a le droit de commettre, et le devoir de réparer.

Le principe de la responsabilité étant posé, il convient de déterminer le montant des dommages-intérêts qui seront dûs au titulaire de la situation supprimée, ainsi que la personne publique qui en supportera la charge.

2° *Les éléments de l'indemnité.* — En ce qui concerne le montant des dommages-intérêts, nous ne pouvons, bien entendu, que rappeler ici les principes et rester dans le domaine des généralités. L'indemnité comprendra les deux éléments que l'on rencontre habituellement, la perte éprouvée et le gain manqué, le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*. Ces deux éléments pourront être confondus, ils pourront aussi être distincts ; ils devront être la conséquence directe de la faute, et avoir pu être prévus, hors le cas de mauvaise foi que nous avons écarté.

Le *damnum emergens*, c'est la diminution de patrimoine éprouvée ; ce sont les dépenses faites pour occuper la situation, les frais de déplacement, d'installation ; ce sont également les retenues effectuées en vue d'une pension de retraite, à laquelle l'intéressé n'aura pas droit ; ce sont aussi les services rendus, les prestations fournies, pour lesquels une rémunération suffisante n'aura pu être versée (1).

La perte subie comprendra encore les déboursés que

(1) Cf. C. E., 12 janvier 1906, comm. de CAUDRY, p. 22 ; 25 novembre 1910, ville de Bourges, p. 846.

devra faire le titulaire pendant le temps normal nécessaire pour retrouver une situation semblable à celle dont il a été privé ; l'intérêt des sommes qu'il a fallu consigner, le montant des indemnités à payer à ceux que le bénéficiaire avait personnellement engagés ; la différence de valeur existant entre la situation qu'il a quittée et celle que l'administration lui a offert. Les tribunaux tendent même de plus en plus à faire entrer en ligne de compte non seulement le préjudice matériel, mais même le préjudice moral (1).

Le gain manqué, c'est l'espoir déçu ; mais encore faut-il que cet espoir ait été légitime. S'il avait déjà été réalisé, ce serait du préjudice éprouvé. Il faut donc supposer un gain non encore perçu, mais sur lequel on pouvait raisonnablement compter, dont les éléments sont stables et déjà appréciables. Pour le titulaire d'une situation, ce sera les avantages qu'il pouvait espérer de cette situation et qu'il lui est difficile de retrouver désormais. Il y aura d'ailleurs lieu d'établir une espèce de compensation entre ces avantages hypothétiques, et ceux qu'il sera dans la suite susceptible d'obtenir par un emploi nouveau de son activité.

3° *Contre qui est dirigée l'action en dommages-intérêts ?* — Reste la question de la personne publique qui supportera la charge de la réparation. On peut donner

(1) Cf. sur la question du *damnum emergens*. Code civ. allemand, art. 122, 307, 346. La perte éprouvée est représentée par l'intérêt négatif à ne pas contracter.

divers fondements à la responsabilité, et l'adoption de telle ou telle manière de voir doit influencer nécessairement sur la détermination de la personne publique responsable vis-à-vis de l'intéressé, quand plusieurs autorités ont participé à la création de l'état de droit illégal (1).

Si l'on admet que la responsabilité découle d'une faute quasi-délictuelle, aux termes de l'article 1382 du Code civil (2), c'est à l'autorité administrative à qui la faute est imputable, c'est-à-dire à l'autorité qui aura commis l'illégalité, que l'individu devra s'adresser.

Si l'on se rallie au contraire à la théorie de la responsabilité *objective*, développée par certains auteurs récents, responsabilité dont le fondement repose sur une simple relation de cause à effet, le titulaire dépossédé devra réclamer une indemnité à l'autorité qui a effectué le retrait et qui l'a privé des avantages dont il jouissait, c'est-à-dire dans notre opinion à la personne publique qui s'est engagée vis-à-vis de lui d'une façon principale.

Cette dernière conception nous paraît plus conforme aux tendances du droit social actuel, et nous serions disposés à l'accepter, mais avec un correctif : nous estimons, en effet, que si l'administration partie au con-

(1) Nous écartons, bien entendu, le cas de la responsabilité personnelle du fonctionnaire qui a coopéré à la constitution de la situation illégale.

(2) Théorie de la faute subjective.

trat, en face de laquelle se trouve l'individu, assume vis-à-vis de lui le risque de la nullité et encourt ainsi une responsabilité objective (1), il lui appartiendrait, d'autre part, si l'illégalité était l'œuvre d'une autre autorité administrative, de se retourner contre celle-ci ou de l'appeler en cause, et de se faire couvrir par elle du montant de la condamnation.

(1) A condition qu'elle ait présenté l'accord des volontés comme valable, la situation comme régulière. Sans cela, l'individu ne pourrait s'en prendre qu'à lui-même si, confiant dans la validité de son titre, il contractait de nouveaux engagements vis-à-vis d'autres personnes. Cf. sur cette question délicate: C. E., 7 mai 1909, ville de Guérande, p. 457.

CONCLUSION

Arrivé au terme de cette étude, nous croyons devoir résumer en quelques lignes les idées essentielles que nous avons exposées et rappeler les solutions auxquelles nous ont conduit nos recherches.

Les agents de l'administration peuvent librement conférer certains droits aux particuliers appelés à participer à la gestion des services publics. Ils disposent, d'autre part, de pouvoirs généraux de police pour faire respecter la légalité.

De la double qualité qui appartient ainsi à l'administration, de personne concédante tenue en principe d'agir conformément aux règles qu'elle s'est imposées, et d'autorité de police chargée d'assurer l'observation de la légalité, peut naître un conflit dans le cas où la situation créée au profit d'un individu l'a été en violation des lois. C'est le problème que nous nous sommes proposé d'examiner.

Nous avons d'abord remarqué que, selon nous, l'ad-

ministration ne saurait se voir opposer sa qualité de personne concédante quand elle prétend déférer aux tribunaux l'état de droit illégal. Mais la procédure juridictionnelle ne présente pas les caractères de souplesse et de rapidité nécessités par les exigences de la vie administrative et sociale dans un Etat organisé. Il convenait donc de rechercher s'il n'appartiendrait pas à l'administration d'user de son pouvoir d'action directe pour mettre fin aux états de droit individuels qu'elle aurait irrégulièrement créés.

Contre l'emploi de cette procédure exorbitante du droit commun, de multiples objections pouvaient être présentées, inspirées toutes de cette idée qu'une partie contractante doit respecter les conventions qu'elle a librement conclues.

Nous nous sommes efforcés de montrer que tous les arguments qu'on pouvait invoquer à l'appui de cette thèse, fondés sur l'incompétence juridictionnelle de l'administration, sur le caractère exécutoire des actes administratifs, sur l'obligation de garantie, sur la théorie de l'apparence, ne sauraient prévaloir, à notre avis, contre le caractère d'ordre public qui est attaché à toute illégalité en matière administrative, ni contre les pouvoirs dont dispose l'administration pour exécuter sa mission essentielle, qui consiste à faire respecter la loi.

Mais le droit d'intervention de l'administration étant ainsi reconnu, il importait d'en limiter la portée. Le nouvel acte administratif par lequel doit se manifester cette

intervention ne saurait, en effet, avoir la valeur d'une annulation mettant à néant les actes juridiques primitivement intervenus. Les déclarations de volontés se sont fondues dans un accord, une convention s'est formée, que peut seul briser le juge. L'administration ne peut opérer le « retrait » des premiers actes qu'elle a accomplis ; il lui appartient seulement de prononcer *pour l'avenir* la « révocation » des avantages concédés, le « retrait » des droits qu'elle a fait naître, sans aucun effet rétroactif.

De ces principes, il résulte que dans tous les cas où on se trouve en présence d'une situation illégale (et nous avons recherché la portée qu'il convenait de donner à la notion d'illégalité en droit administratif), seules les autorités représentant la personne morale engagée par des liens de droit vis-à-vis des individus, auront qualité pour intervenir, à l'exclusion des autorités de tutelle ; les déclarations de volonté émises par celles-ci ne sauraient avoir que la valeur d'une prétention, destinée à exercer une certaine pression sur les personnes publiques qui leur sont subordonnées.

Enfin, si le retrait constitue une mesure licite, il n'en est pas moins vrai qu'il doit entraîner une certaine responsabilité pour la personne publique qui en est l'auteur. Sans doute l'imputabilité doit remonter à l'illégalité originaire ; mais l'individu ne connaît que la personne publique qui s'est engagée vis-à-vis de lui et c'est elle qui doit le dédommager des conséquences de

la faute commise, sauf à elle à se retourner à son tour contre l'auteur réellement responsable de l'illégalité.

La procédure du retrait, telle que nous venons de l'analyser, nous paraît ainsi devoir fournir à l'administration le moyen nécessaire de mettre fin aux états de droit irrégulièrement créés par elle et sauvegarder, d'autre part, dans la mesure du possible, les situations de fait acquises par les individus. Sa portée étant étroitement limitée, elle perd, d'une façon sensible, son caractère exorbitant du droit commun, et tient, croyons-nous, un compte suffisant des intérêts légitimes des particuliers.

Vu : *Le Doyen de la Faculté,* Vu : *Le président de la thèse,*
P. CAUWÈS. F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

	Pages
I. Existence, en droit administratif, d'états juridiques individuels présentant une certaine stabilité. Les situations administratives. Nécessités politiques, administratives, économiques, qui s'imposent à l'administration d'intervenir pour mettre fin à ces situations...	7
II. Les principes d'intervention de l'administration	
§ 1. A l'encontre des situations constituant pour les individus des <i>droits reconnus par la loi</i> : l'illégalité	11
§ 2. A l'encontre des situations <i>librement créées</i> par elle	12
a) La précarité	15
b) L'inexécution des conditions posées.....	16
c) L'illégalité	17
III. Les modes d'intervention de l'administration. L'action judiciaire	17
L'action directe ; son exercice	
§ 1. Pour faire respecter les règles dérivant de l'accord des volontés à l'encontre des situations librement octroyées	17
§ 2. Pour faire observer la légalité.....	18
a) A l'encontre des situations constituant des <i>droits individuels</i>	
b) A l'encontre des situations <i>librement créées</i> par l'administration	19

Le problème de l'intervention administrative à l'encontre des situations irrégulièrement conférées	19
--	----

CHAPITRE PREMIER

L'action judiciaire.

I. Les procédures civiles.....	21
§ 1. Les objections tirées du défaut de qualité de l'administration	22
1° La règle <i>nemo auditur</i>	
2° La garantie	
3° La ratification	
§ 2. Les différentes procédures civiles.....	24
1° L'action devant le juge du contrat	
2° L'action devant le juge de l'excès de pouvoir	
II. Les procédures pénales.....	27
Insuffisance de l'intervention administrative par voie juridictionnelle	29

CHAPITRE DEUXIEME

L'action directe. Son principe

I. Le problème de l'action directe.....	31
II. Les solutions de la jurisprudence. L'affaire Poiré. .	34
Les affaires Béziat, Wulliet, Vallanet; l'affaire des Tramways de Bucarest.....	36
III. Discussion théorique. Le principe de l'action directe	
Les objections	40
1° L'administration ne saurait se faire juge de l'illégalité	40
2° Le caractère exécutoire des actes administratifs, le commencement d'exécution.....	41
3° La garantie du fait personnel.....	42
4° La théorie de l'apparence; ses modalités; son insuffisance juridique.....	43

Nécessité d'une conception admettant l'exercice du pouvoir d'action directe à l'encontre des situations illégalement conférées	46
--	----

CHAPITRE TROISIEME

La forme de l'action directe.

Le retrait des droits irrégulièrement conférés.

I. Notre conception de l'action directe. C'est le retrait des droits, au moyen d'un nouvel acte administratif, prononçant <i>pour l'avenir</i> la révocation des avantages concédés	47
II. Ce n'est pas le retrait des actes administratifs qui ont donné naissance à la situation. Affaire de l'Institut catholique de Lille	49
III. Comment se présente le retrait	
§ 1. Dans les situations unilatérales	54
§ 2. Dans les situations contractuelles,	55

CHAPITRE QUATRIEME

Les conditions

du retrait des droits irrégulièrement conférés

I. De l'illégalité comme condition d'intervention.....	60
La violation d'un contrat constitue-t-elle une illégalité ?	61
Indépendance de cette question et des règles qui déterminent la compétence du juge de l'excès de pouvoir. Le principe du respect des compétences.....	62
§ 1. Comment la question peut se poser dans la jurisprudence	64
1° Devant le juge de l'excès de pouvoir	
a) Sur le recours de tiers faisant valoir les droits qu'ils prétendent avoir à l'observation d'un contrat. Affaire de la Croix de Seguey	65

b) Sur le recours d'un individu partie contractante, dirigé contre une autorité administrative qui n'a pas été partie principale à l'accord des volontés. Affaires Blanc et Pech	66
2° Devant le juge de la nouvelle situation créée en violation du premier accord de volontés. Affaire Goret, son interprétation.....	67
Insuffisance des solutions de la jurisprudence....	69
§ 2. Discussion théorique. Le caractère juridique de la violation des contrats	
1° En droit civil.....	69
2° En droit administratif. Les principes juridiques de nature à justifier l'assimilation de la violation d'un contrat à une illégalité....	72
a) La limitation par l'administration de sa propre compétence	73
b) Le caractère réglementaire des dispositions contractuelles ayant pour objet les services publics	75
c) Le caractère objectif des droits acquis....	76
II. Des autorités qui ont qualité pour mettre fin aux situations illégales	77
§ 1. Des pouvoirs respectifs des autorités qui ont participé à la création de l'état de droit illégal..	79
1° Les pouvoirs respectifs des autorités délibérantes et des autorités d'exécution.....	80
2° Les pouvoirs respectifs des autorités inférieures et des autorités de tutelle.....	84
a) Les pouvoirs des autorités subordonnées..	86
b) Les pouvoirs des autorités de tutelle.....	88
L'ancienne jurisprudence relative à l'incorporation des actes administratifs aux contrats. Son évolution, l'affaire Martin. Son influence sur la théorie du retrait. L'affaire Blanc, notre interprétation	89
§ 2. Des pouvoirs des autorités qui sont restées étrangères à la création de l'état de droit illégal.	92

1° Des pouvoirs du supérieur hiérarchique...	93
2° Des pouvoirs des autorités investies d'un droit d'annulation particulier.....	95
III. Du délai pendant lequel le retrait peut être effectué. Importance de la question dans les situations unilatérales ,.....	99

CHAPITRE CINQUIEME

Les conséquences

du retrait des droits irrégulièrement conférés.

Les principes du règlement pécuniaire.....	102
§ 1. La notion de service fait.....	103
§ 2. La théorie des dommages-intérêts.....	108
1° La notion de la responsabilité précontractuelle	109
2° Les éléments de l'indemnité.....	112
3° Contre qui est dirigée l'action en dommages-intérêts ?	113
Conclusion	116
Table	121

